

Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
bei der Juristischen Fakultät
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Jack Schiffer
Assessor in München

1975

1976



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
DOKTORS DER RECHTE
bei der Juristischen Fakultät
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Jack Schiffer
Assessor in München

1975

<u>Inhaltsverzeichnis</u>	Seite
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Vorwort	1

I. T e i l

<u>Die Wirkung von Streik und Aussperrung</u> <u>auf den Arbeitsvertrag</u>	2
§ 1 Zulässigkeit der Arbeitskämpfungsmittel	2
1.1. Die Verfassungsgarantie des Art.9 Abs.3 GG	2
1.2. Die früher herrschende Meinung zur Zulässigkeit der Arbeitskämpfungsmittel	2
1.3. Arbeitskampf als Ausfluß des Art.9 Abs.3 GG	3
§ 2 Historische Entwicklung in Rechtsprechung und Lehre in der Beurteilung der Wirkung von Arbeitskämpfen auf den Einzelarbeitsvertrag	4
2.1. Kollektiv- und Individualrecht	4
2.1.1. Die individualistisch-liberale Rechtsauffassung	4
2.1.2. Die Begründung der Einheitslehre durch den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts	5
2.1.3. Vereinbarung von Kollektiv- und Individualrecht mit Hilfe eines "subjektiv-privaten Arbeitskämpfrechts"	7
2.2. Arbeitskampf und Einzelarbeitsvertrag	8
2.2.1. Die Lösungstheorie des Bundesarbeitsgerichts	8
2.2.2. Kritik an der Lösungstheorie - die Suspendierungstheorie	9
2.2.3. Lösende Wirkung des Streiks	13

Erstgutachter : Professor Dr.iur. Georg B a u m e r t

Zweitgutachter: Professor Dr.iur. Dieter Reuter

Tag der mündlichen Prüfung: 20.Okttober 1976

	Seite
7.3.1. Gewohnheitsrecht	55
7.3.2. Erhaltungsarbeiter als Erfüllungsgelhilfen der Gewerkschaften bzw. der Arbeitgeber	58
7.3.3. Treuepflicht	60
7.3.4. Einzelarbeitsvertrag	65
7.3.4.1. Rechtslage bei suspendierendem Streik	66
7.3.4.2. Rechtslage bei suspendierender Aussperrung	68
7.3.4.3. Rechtslage bei lösendem Streik und lösender Aussperrung	71
7.3.4.4. Rechtslage bei Unzulässigkeit der Aussperrung	77
7.3.5. Erhaltungsarbeitsvertrag	78
§ 8 Umfang der Erhaltungsarbeiten	79
§ 9 Bestimmungsrechte bei den Erhaltungsarbeiten	84
9.1. Bestimmung über den Umfang der Erhaltungsarbeiten	84
9.2. Bestimmung über die Anzahl der Erhaltungsarbeiter	86
9.3. Auswahl und Leitung der Erhaltungsarbeiter	88
§ 10 Haftungsansprüche bei unterbliebenen Erhaltungsarbeiten	89
10.1. Ansprüche des Arbeitgebers gegen die Gewerkschaft	89
10.2. Ansprüche des Arbeitgebers gegen die einzelnen Arbeitnehmer	91
10.2.1. Vertragliche Ansprüche	91
10.2.2. Deliktische Ansprüche	91
§ 11 Zusammenfassung des II. Teils	92

	Seite
2.2.4. Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21.4.1971	15
2.2.5. Unzulässigkeit der Aussperrung	18
§ 3 Zusammenfassung des I. Teils	20

II. Teil

<u>Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf</u>	22
§ 1 Notwendigkeit von Erhaltungsarbeiten	22
§ 2 Erhaltungsarbeiten - Notstandsarbeiten, Definition und Abgrenzung	23
§ 3 Die Durchführung von Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen in der Vergangenheit	25
§ 4 Aussagen der Tarifpartner zu den Erhaltungs- arbeiten	28
4.1. Satzungen und Richtlinien der Gewerk- schaften	28
4.2. Satzungen und Richtlinien der Arbeit- geberverbände	33
§ 5 Erhaltungsarbeiten in der Rechtsprechung	35
§ 6 Träger der Erhaltungsarbeiten	38
6.1. Gewerkschaft	38
6.2. Gewerkschaft und Arbeitgeber gemeinsam	44
6.3. Arbeitgeber	48
§ 7 Die Pflicht der Arbeitnehmer zu Erhaltungs- arbeiten	49
7.1. Heranziehung von nicht am Arbeitskampf beteiligten Arbeitnehmern	49
7.2. Heranziehung von nichtorganisierten am Arbeitskampf beteiligten Arbeitnehmern	52
7.3. Anspruchsgrundlagen für die Heranziehung von organisierten Arbeitnehmern zu Erhal- tungsarbeiten	55

Literaturverzeichnis

- Abendroth:
Wolfgang Die Grenzen der Legalität des Streiks,
GewMonH 1954, 634
- Apfel:
Georg Die Sicherung und Erhaltung des Be-
triebs bei Arbeitskämpfen - Notdienst
und Notstandsarbeiten
Frankfurt am Main 1970
- Auffahrt:
Fritz Das neue Betriebsverfassungsgesetz,
ArbuR 1972, 33
- Baumert:
Georg Die Wirkung des Arbeitskampfes auf das
einzelne Arbeitsvertragsverhältnis,
DB 1966, 1888
- Benda:
Ernst Notstandsverfassung und Arbeitskampf,
Berlin 1963
- Bertele:
Franz Rechtsnatur und Rechtsfolgen der
Aussperrung, Heidelberg 1960
- Blomeyer:
Wolfgang Die rechtliche Bewertung des Betriebs-
friedens im Individualarbeits- und Be-
triebsverfassungsrecht,
ZfA 1972, 85
- Brox-Rüthers:
 Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965
- Bulla:
Gustav-Adolf Das zweiseitig kollektive Wesen des
Arbeitskampfes,
in: Festschrift für Nipperdey, Band II
S.163, München und Berlin 1955
- ders.: Betriebsratsamt bei Wiedereinstellung
nach Streikbeendigung,
AR-Blattei, Arbeitskampf II G, V
- Däubler:
Wolfgang Die unverhältnismäßige Aussperrung,
JuS 1972, 642
- Denecke:
 Die konkrete Ordnung des Betriebes als
Rechtsquelle,
DAR 1940, 141
- ders.: Anmerkung zu BAG AP Nr.2 zu § 242 BGB -
Betriebliche Übung
- Deutsche Angestellten-Gewerkschaft:
 Das neue Arbeitskampfrecht, Hamburg 1974

III. T e i l

<u>Betriebsrat und Erhaltungsarbeiten</u>	93
§ 1 Die Stellung der Betriebsratsmitglieder im Arbeitskampf	93
1.1. Frühere Ansicht	93
1.2. Heutige Ansicht	94
§ 2 Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats während des Arbeitskampfes	95
§ 3 Die Mitwirkung des Betriebsrats bei Erhaltungsarbeiten	100
3.1. Äußerungen in Literatur und Recht- sprechung	100
3.2. Eigener Standpunkt	101
3.2.1. Der Betriebsrat als Interessen- vertretung der Erhaltungsarbeiter	102
3.2.2. Der Betriebsrat als Mitentscheidungs- organ bei der Organisation des Erhaltungsdienstes	103

- Fitting / Kraegeloh / Auffahrt:
Betriebsverfassungsgesetz 9.Auflage,
Berlin und Frankfurt am Main 1970
- Frey:
Erich Paritätsfragen im Arbeitskampfrecht,
ArbuR 1963, 301
- Gamillscheg:
Franz Die Solidarität als Rechtsbegriff
in: Festschrift für Fechner, S.135,
Tübingen 1973
- Gitter:
Wolfgang Die Entwicklung des Arbeitsrechts im
Jahre 1971, ZfA 1973, 29
- Grote:
Hermann Der Streik, Taktik und Strategie,
Köln 1952
- Hamann/Lenz: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland vom 23.Mai 1949, 3.Auflage
Neuwied und Berlin 1970
- Hanau/Adomeit: Arbeitsrecht
2.Auflage Frankfurt am Main 1973
- Heckelmann:
Dieter Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen
Schrifttums im Jahre 1972,
ZfA 1973, 425
- ders.: Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf,
bisher unveröffentlichter Aufsatz
- Hernekamp:
Karl Arbeitskampf
Berlin und New York 1975
- Herschel:
Wilhelm Aussperrung und Mutterschutz,
ArbuR 1964, 65
- ders.: Anmerkung zum Urteil des Landesarbeits-
gerichts Frankfurt vom 22.4.1969
ArbuR 1970, 352
- Hessel:
Philipp Gutachten, Probleme des Streikrechts,
BB 1951, 85
- ders.: Streikrecht und Arbeitsvertrag,
RdA 1952, 48
- ders.: Das Bundesarbeitsgericht zum Arbeits-
kampfrecht, Köln-Deutz 1955
- Hoeniger:
Heinrich Einige grundlegende Unterschiede zwischen
amerikanischem und deutschem Arbeitsrecht,
insbesondere Arbeitskampf und Entlassungs-
schutz, RdA 1952, 241

- Deutscher Gewerkschaftsbund: 9. ordentlicher Bundeskongreß
Berlin vom 25.6. bis 1.7.1972
Tagesprotokolle
- Dietz:
Rolf Grundfragen des Streikrechts,
JuS 1968, 1
- ders.: Betriebsverfassungsgesetz,
4.Auflage, München und Berlin 1967
- Dietz/Richardi: Betriebsverfassungsgesetz, 5.Auflage,
München 1973
- Engisch:
Karl Die Einheit der Rechtsordnung,
Heidelberg 1935
- Enneccerus/Nipperdey:
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
1. Band 1.Halbband
15. Auflage Tübingen 1959
- Erdmann/Jürging/Kammann:
Betriebsverfassungsgesetz,
Neuwied und Berlin 1972
- Esser:
Josef Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil,
4.Auflage Karlsruhe 1970
- Evers:
Hans-Ulrich Arbeitskampffreiheit, Neutralität,
Waffengleichheit und Aussperrung,
Hamburg 1969
- Fabricius:
Fritz Einwirkungen von Streik und Aussperrung
auf den Arbeitsvertrag,
RdA 1962, 94
- Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese:
Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschafts-
kommentar
Neuwied und Berlin, Loseblattausgabe,
Stand Mai 1975
- Farthmann:
Friedhelm Der "personenrechtliche Charakter" des
Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, 5
- ders.: Anfechtung des Arbeitsvertrags,
JuS 1964, 141
- Fenn:
Herbert Anmerkung zum Urteil des Landesarbeits-
gerichts Frankfurt vom 22.4.1969
SAE 1970, 189
- Fitting/Auffahrt/Kaiser:
Betriebsverfassungsgesetz, 11.Auflage
München 1974

- Kaskel/Dersch: Arbeitsrecht 5.Auflage
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
- Kittner:
Michael Parität im Arbeitskampf,
GewMonH 1973, 91
- Kraft:
Alfons Das sogenannte einheitliche Geschehen
des Streiks und seine Rechtswidrigkeit,
RdA 1968, 434
- ders.: Probleme im Spannungsfeld zwischen Be-
triebsverfassungsrecht und Koalitions-
freiheit,
ZfA 1973, 243
- Kreutz:
Peter Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen
Arbeitgeber und Betriebsrat nach dem
neuen Betriebsverfassungsgesetz,
BlStSozArbR 1972, 44
- Larenz:
Karl Lehrbuch des Schuldrechts, I.Band
Allgemeiner Teil, 9.Auflage, München 1968
- Lauschke:
Gerhard Die Notarbeiten im Arbeitskampf unter
besonderer Berücksichtigung der Recht-
sprechung,
Dissertation Köln 1967
- ders.: Die Notarbeiten im Arbeitskampf als kol-
lektivrechtliche Maßnahme,
DB 1970, 1175
- Leinemann:
Wolfgang Erhaltungsarbeiten nach Beginn eines Ar-
beitskampfes und Arbeitsverhältnis,
DB 1971, 2309
- Lerche:
Peter Verfassungsrechtliche Zentralfragen des
Arbeitskampfes
Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968
- Lewinsohn:
Georg Streik und Kündigung,
ArbR 1920, 103
- Mager/Wisskirchen: Betriebsverfassungsgesetz
herausgegeben von der Arbeitgeberförde-
rungs - GmbH
- von Mangoldt/Klein: Das Bonner Grundgesetz Band I 2.Auflage
Berlin und Frankfurt am Main 1957
- Maunz/Dürig/Herzog: Grundgesetz - Kommentar
München 1971

- Hoeniger:
Heinrich Einige Gedanken zum Recht des Arbeits-
 kampfes, RdA 1953, 204
- ders.: Streik und Arbeitsvertrag - Versuch ei-
 ner Synthese von Individualrecht und
 Kollektivrecht,
 BB 1955, 37
- ders.: Die sogenannte Abwehraussperrung,
 BB 1955, 704
- Hueck:
Alfred Der Treuegedanke im modernen Privatrecht,
 München 1947
- ders.: Die rechtliche Bedeutung der betriebli-
 chen Übung
 in: Festschrift für Heinrich Lehmann
 zum 80.Geburtstag Band II S.633,
 Berlin, Tübingen und Frankfurt am Main
 1956
- Hueck/Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts Band I und II
 3.-5.Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig
 1932
- dies.: Lehrbuch des Arbeitsrechts Band I und II
 7.Auflage, Berlin und Frankfurt 1970
- Hueck/Nipperdey/Stahlhacke:
 Tarifvertragsgesetz 4.Auflage,
 München und Berlin 1964
- Industriegewerkschaft Metall:
 Streik und Aussperrung
 Protokoll der wissenschaftlichen Veran-
 staltung der Industriegewerkschaft Me-
 tall vom 13.-15.September 1973 in München
- Industriegewerkschaft Metall:
 Tagung vom 13.-15.9.1973 - Bericht
 Kritische Justiz 1973, 435
- Industriegewerkschaft Metall:
 Tagung vom 13.-15.9.1973 - Kurzbericht
 Gewerkschaftsreport Jahrgang 7 Nr.16/1973
- Isele:
Hellmut Georg Grundfragen der Aussperrung
 JuS 1964, 41
- Jürging:
Claus Das Aussperrungsverbot der Hessischen
 Verfassung,
 DB 1966, 190

- Otte:
Jürgen Das subjektiv-private Arbeitskampfrecht
als Grundlage einer Neuorientierung im
Recht des Streiks und der Aussperrung,
Hamburg 1970
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch 34. Auflage,
München 1975
- Pfarr / Kittner: Solidarität im Arbeitsrecht,
Heide M. Michael RdA 1974, 284
- Potthoff: Vertragspflicht und Verbandspflicht,
Heinz JW 1925, 1842
- Promberger: Arbeitskampf und Einzelarbeitsverhältnis,
Günter München 1967
- Radke: Zur rechtlichen Problematik der Aussper-
Olaf rung und des Streiks,
ArbuR 1964, 67
- ders.: Streik und Aussperrung im Arbeitskampf-
recht,
Der Gewerkschafter 1966, 34
- Rajewsky: Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik
Xenia Deutschland,
Frankfurt am Main 1970
- Ramm: Streik und Arbeitsvertragsbruch,
Thilo ArbuR 1964, 129
- ders.: Der Arbeitskampf und die Gesellschafts-
ordnung des Grundgesetzes,
Stuttgart 1965
- ders.: Der Koalitionsbegriff,
RdA 1968, 412
- Reuß: Rechtsfolgen der Aussperrung,
Wilhelm ArbuR 1963, 225
- Reuter: Die (persönliche und amtliche) Rechts-
Dieter stellung des Betriebsrats bei Arbeits-
kämpfen,
ArbuR 1973, 1
- ders.: Nochmals: Die unverhältnismäßige Aus-
sperrung, JuS 1973, 284
- Richardi: Aussperrung und Arbeitsverhältnis,
Reinhard RdA 1970, 65

- Mavridis:
Vassili Eingliederungstheorie, Vertragstheorie
 und Gemeinschaftsverhältnis,
 RdA 1956, 444
- Mayer-Maly:
Theo Anmerkung zu BAG AP Nr.31 zu Art.9 GG -
 Arbeitskampf
- Meisel:
Peter G. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsge-
 richts zur Aussperrung mit Lösungswir-
 kung, BB 1966, 1027
- Möller-Lücking:
Norbert Arbeitskampf und Arbeitslosengeld,
 ArbuR 1973, 295
- Molitor:
Erich Zur Streikentscheidung des Bundesarbeits-
 gerichts, BB 1955, 454
- Müller:
Gerhard Grundfragen des Streikrechts,
 RdA 1951, 247
- ders.: Problematik und Probleme des Arbeits-
 kampfrechts in der Bundesrepublik Deutsch-
 land
 Heft 1/2 1968 Schriftenreihe der Vereini-
 gung der Arbeitgeberverbände in Bayern
- ders.: Streik und Aussperrung in der Rechtspre-
 chung des Bundesarbeitsgerichts
 Arbeitskonflikte und Arbeitskampf,
 Köln-Bonn 1973
- von Münch:
Ingo Grundgesetzkomentar Band I
 Frankfurt am Main 1974
- Musa:
Wilhelm Zur Rechtfertigung der Aussperrung,
 RdA 1971, 346
- Nikisch:
Arthur Arbeitsrecht 1. und 2. Band
 2.Auflage Tübingen 1955
- Nipperdey:
Hans Carl Rechtsprobleme der Aussperrung und des
 Streiks, DB 1963, 1613
- Noë:
Claus Gebändigter Klassenkampf - Tarifautonomie
 in der Bundesrepublik Deutschland,
 Berlin 1970
- Nörpel:
Clemens Wissenschaft, Gewerkschaften und Arbeits-
 recht,
 Die Arbeit 1927, 393
- Nüss:
Herbert Auswirkung von Streik und Aussperrung
 auf Arbeitsverhältnisse,
 NJW 1961, 1957

- Tomandl: Streik und Aussperrung als Mittel des
Theodor Arbeitskampfes,
Wien - New York 1965
- van Gelder: Betriebsrat und Arbeitskampf,
Alfons BUV 1971, 121
- van Gelder/Böttner:
Alfons Walter Beendigung des Arbeitsverhältnisses
durch Aussperrung oder Streik,
JuS 1969, 112
- dies.: Das Ende der Lösungstheorie,
ArbuR 1970, 35
- van Gelder/Leinemann:
Alfons Wolfgang Die Streikbeteiligung des organisierten
und des nichtorganisierten Arbeitnehmers,
ArbuR 1970, 1
- dies.: Die Aussperrung organisierter und nicht-
organisierter Arbeitnehmer,
BlStSozArbR 1970, 253
- dies.: Übungen im Arbeitsrecht,
Berlin, New York 1971
- Verband der Metallindustrie Baden-Württemberg e.V.:
Der Arbeitskampf 71
- Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch-
Herbert und Gemeinschaftsverhältnis,
Karlsruhe 1966
- ders.: Die deutschen Gewerkschaften - Mitglieder-
verband oder Berufsorgan,
RdA 1969, 321
- Wolf: "Treu und Glauben", "Treue" und "Fürsorge"
Ernst im Arbeitsverhältnis,
DB 1971, 1863
- Zeuner: Arbeitskampf und Arbeitsvertrag,
Albrecht JZ 1962, 425
- Zöllner: Aussperrung und arbeitskampfrechtliche
Wolfgang Parität,
Düsseldorf 1974

- Richardi:
Reinhard Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971, RdA 1971, 334
- ders.: Arbeitsrecht und Zivilrecht, ZfA 1974, 18
- ders.: Anmerkung zu BAG AP Nr. 44 zu Art. 9 GG - Arbeitskampf
- Rüthers:
Bernd Die Sicherung und Erhaltung des Betriebs bei Arbeitskämpfen, ZfA 1973, 125
- Säcker:
Franz Jürgen Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskämpfentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April und 26. Oktober 1971, GewMonH 1972, 287
- Schaub:
Günter Arbeitsrechtshandbuch 2. Auflage München 1975
- Schell:
Heinz Notdienstarbeiten im Streik, BB 1969, 1179
- Schmid:
Richard Bemerkungen zum Thema Aussperrung, GewMonH 1964, 326
- Schmid-Bleibtreu/Klein:
 Kommentar zum Grundgesetz 3. Auflage, Neuwied und Berlin 1973
- Schwegler:
Lorenz Streikrecht und Rechtsprechung, GewMonH 1972, 299
- Schwerdtner:
Peter Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1970
- Siebrecht:
Fritz Das Recht im Arbeitskampf 3. Auflage, Köln 1964
- Söllner:
Alfred Zu den Rechtsfolgen der Aussperrung, DB 1969, 838
- ders.: Arbeitsrecht 3. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1973
- Steinert:
Joachim Notstands- und Streikarbeit bei Arbeitskämpfen, Düsseldorf 1968

NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
RAG	=	Reichsarbeitsgericht
RdA	=	Recht der Arbeit
Rdnr.	=	Randnummer
RGZ	=	Zivilrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts
RVO	=	Reichsversicherungsordnung
SchwBeschG	=	Schwerbeschädigtengesetz
SAE	=	Sammlung arbeitsrechtlicher Ent- scheidungen
TVG	=	Tarifvertragsgesetz
ZfA	=	Zeitschrift für Arbeitsrecht

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	=	anderer Ansicht
aaO	=	am angegebenen Ort
a.F.	=	alte Fassung
AP	=	Arbeitsrechtliche Praxis
Anm.	=	Anmerkung
AR-Blattei	=	Arbeitsrechtsblattei
ArbGG	=	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	=	Arbeitsrecht
ARS	=	Arbeitsrechtssammlung
ArbuR	=	Arbeit und Recht
BAG	=	Bundesarbeitsgericht
BB	=	Betriebsberater
BetrVG	=	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	=	Bundesgerichtshof
Bl.	=	Blatt
BlStSozArbR	=	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BUV	=	Betriebs- und Unternehmensverfassung
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DAR	=	Deutsches Arbeitsrecht
DB	=	Der Betrieb
DGB	=	Deutscher Gewerkschaftsbund
GewMonH	=	Gewerkschaftliche Monatshefte
GG	=	Grundgesetz
IG	=	Industriegewerkschaft
JuS	=	Juristische Schulung
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
LAG	=	Landesarbeitsgericht
MuSchG	=	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	=	mit weiteren Nachweisen

V o r w o r t

Diese Arbeit möchte versuchen, die mit den Erhaltungsarbeiten verbundenen Fragen einer dogmatischen Klärung zuzuführen. Da der Individualarbeitsvertrag zur Erfassung der Arbeitnehmerpflicht, diese Arbeiten durchzuführen, eine bedeutende Rolle spielt, ist zunächst die Wirkung der Arbeitskämpfungsmittel auf die Arbeitsverträge zu untersuchen. Im ersten Teil werden die hierzu in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten in einem historischen Überblick zusammengefaßt.

Der zweite Teil befaßt sich mit den Erhaltungsarbeiten selbst. Mit Hilfe der im ersten Teil gewonnenen Erkenntnisse erfolgt eine differenzierende Betrachtung der mit diesen Arbeiten zusammenhängenden Fragen im Hinblick auf die unterschiedlichen Wirkungen auf den Arbeitsvertrag, die Streik und Aussperrung beigemessen werden. Dabei finden auch die Aussagen der Tarifpartner Berücksichtigung.

Die Rolle, die der Betriebsrat bei den Erhaltungsarbeiten spielt, ist bisher ungeklärt. Der dritte Teil befaßt sich daher mit der Stellung der Betriebsratsmitglieder im Arbeitskampf und untersucht ihre Beteiligung an der Durchführung der Erhaltungsarbeiten.

Dennoch gesteht diese Ansicht der Arbeitskampffreiheit Grundrechtscharakter zu, indem sie das Streikrecht als Ausfluß der durch Art.2 Abs.1 GG garantierten allgemeinen Handlungsfreiheit ansieht. Dabei stehe es jedoch unter den allgemeinen Schranken des Art.2 Abs.1 GG und könne hoheitlich oder vertraglich eingeschränkt werden⁴⁾.

1.3. Arbeitskampf als Ausfluß des Art.9 Abs.3 GG

Nach der neueren in der Literatur vertretenen Meinung ist die Arbeitskampffreiheit direkt durch Art.9 Abs.3 GG geschützt⁵⁾. Ein Rückgriff auf Art.2 Abs.1 GG ist aus diesem Grunde nicht notwendig⁶⁾. Auch ist es nicht erforderlich, Art.9 Abs.3 S.3, der Arbeitskämpfe ausdrücklich anerkennt und im Rahmen der Notstandsverfassung in Art.9 GG aufgenommen wurde, zur Begründung einer Arbeitskampfgarantie heranzuziehen⁷⁾

Die Garantie der Arbeitskampffreiheit ergibt sich vielmehr aus der Anerkennung eines Bereichs der sozialen Selbstverwaltung - dem Tarifvertragsrecht, denn mit

4) vgl. von Mangoldt-Klein aaO, a.A. aber Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/1: Art.9 Abs.3 GG enthalte eine Institutsgarantie des Arbeitskampfes, die eine generelle Abschaffung oder Einschränkung der Arbeitskampfmittel verbiete.

5) vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz-Kommentar, München 1971, Art.9 Rdnr.112; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965, S.43; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Kommentar zum Grundgesetz 3.Aufl., Art.9 Rdnr.14, Hamann-Lenz, Grundgesetz 3.Aufl., S.237, a.A. Hoeniger RdA 1953,207, der dem Streikrecht den Grundrechtscharakter abspricht. Grundrechte seien ihrem Wesen nach unveräußerliche Rechte, die nicht durch Vertrag abbedungen werden könnten. Das Streikrecht werde aber gerade durch die im Tarifvertrag verankerte Friedenspflicht eingeengt oder ganz ausgeschaltet und könne daher seinem Wesen nach kein Grundrecht sein.

6) BVerfGE 19,314

7) a.A. von Münch, Grundgesetzkommentar, Band I, Frankfurt/Main 1974, Art.9 Rdnr.46

I. T e i l

Die Wirkung von Streik und Aussperrung auf den Arbeitsvertrag

§ 1 Zulässigkeit der Arbeitskämpfungsmittel

1.1. Die Verfassungsgarantie des Art.9 Abs.3 GG

Art.9 Abs.3 GG deckt sich mit dem früheren Art.159 der Weimarer Reichsverfassung. Durch die Vorschrift wird das Recht der individuellen Koalitionsfreiheit - d.h. jedermann hat das Recht, Koalitionen beizutreten - und der kollektiven Koalitionsfreiheit - sie schützt den Bestand des Verbandes sowie das Recht "durch spezifische koalitionsgemäße Betätigung"¹⁾ die in Art.9 Abs.3 GG genannten Zwecke zu verfolgen - garantiert. Sie sagt jedoch nichts über die Zulässigkeit der Arbeitskämpfungsmittel Streik und Aussperrung aus²⁾.

1.2. Die früher herrschende Meinung

Aus dieser Tatsache schloß die früher herrschende Lehre³⁾, daß das Streikrecht durch das Grundgesetz zwar nicht verboten, aber andererseits auch nicht gewährleistet sei. Aus dem Recht, Koalitionen zu bilden und ihnen beizutreten, könne dies nicht hergeleitet werden.

1) BVerfGE 19,312

2) Hier soll nur die Frage nach der Zulässigkeit von Arbeitskämpfungsmitteln im allgemeinen erörtert werden. Die Problematik der Rechtmäßigkeit der Aussperrung wird unten auf S.18 ff. eingehend behandelt.

3) Vgl.: Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht 7.Aufl., Band II. 1.Halbb. § 9 II 2 und Band II 2.Halbb. § 47 R I 2; Nikisch, Arbeitsrecht 2.Aufl., 2.Band, S.104; von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz 2.Aufl., Band I, Anm.VII 2; Benda, Notstandsverfassung und Arbeitskampf, Berlin 1963, S.10

hältnis in erster Linie ein "sozial-rechtliches Organisationsverhältnis" und nicht lediglich ein individualrechtliches Schuldverhältnis sah. Daraus schloß er¹²⁾, daß die kollektive Arbeitsniederlegung auf Grund eines Gewerkschaftsbeschlusses keinen Arbeitsvertragsbruch und demnach auch keinen Grund zur fristlosen Entlassung darstelle. Potthoff bezog sich bei seiner Darstellung auf ein Urteil des LG Frankfurt¹³⁾, das die Kündigung eines organisiert streikenden Arbeitnehmers wegen beharrlicher Dienstverweigerung für rechtswidrig gehalten hatte.

Die genannten Autoren befanden sich jedoch zur Weimarer Zeit in der Minderheit. Vor allem wurde ihre Ansicht nicht von den Gewerkschaften unterstützt, da diese befürchteten, daß das Streikrecht ohne Einhaltung des Arbeitsvertrags nur zur Aufhebung sämtlicher Kündigungsschutzbestimmungen für die Arbeitnehmer führen würde¹⁴⁾.

2.1.2. Die Begründung der Einheitslehre durch den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts

Im Beschluß vom 28. Januar 1955¹⁵⁾ stellte der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts fest:

- "1.) Die rechtliche Bewertung des Streiks und des Arbeitskampfes überhaupt muß einheitlich erfolgen und seinem kollektiv-rechtlichen Wesen gerecht werden.
- 2.) Bei dem legitimen gewerkschaftlichen Streik gibt diese Legitimität der Gesamtkaktion ihr entscheidendes rechtliches Gepräge, so daß nicht nur die zum Streik auffordernde Gewerkschaft, sondern auch die daraufhin die Arbeit ohne Kündigung niederlegenden Arbeitnehmer

12) vgl. JW 1925, 1844

13) Abgedruckt in JW 1924, 1059

14) vgl. Nörpel, Arbeit 1927, 397

15) BAG 1,291 = BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG - Arbeitskampf

der Gewährleistung des Tarifvertragssystems besteht auch die Freiheit für die Tarifpartner, den Abschluß von Tarifverträgen durch Arbeitskämpfe zu erzwingen. Auch nach der historischen Entwicklung ist ein Tarifvertragssystem ohne Arbeitskämpfungsmöglichkeit nicht denkbar⁸⁾.

§ 2 Historische Entwicklung in der Beurteilung der Wirkung von Arbeitskämpfen auf den Einzelarbeitsvertrag

2.1. Kollektiv- und Individualrecht

2.1.1. Die individualistisch-liberale Rechtsauffassung

Bis 1933 waren das Reichsarbeitsgericht und die herrschende Meinung⁹⁾ der Ansicht, daß ein Streik, der von den Arbeitnehmern begonnen wurde - ohne daß sie vorher unter Einhaltung der vorgeschriebenen Frist gekündigt hatten - regelmäßig einen Arbeitsvertragsbruch darstelle, der den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtige. Diese Auffassung nannte man die individualistisch-liberale Theorie.

Als frühe Gegner dieser Theorie sind Lewinsohn¹⁰⁾ und vor allem Potthoff¹¹⁾ zu nennen, der im Arbeitsver-

8) vgl. Maunz-Dürig-Herzog aaO

9) vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, I. Band 3.- 5. Aufl., § 57 I 1 c, m.w.N. in Fußnote 23; vgl. auch Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Band, S. 156, der diesen Standpunkt auch noch in neuerer Zeit vertritt; ders. BB 1952, 724; ders. Der Arbeitgeber 1951 Nr. 18 S. 24; a.A. Herschel RdA 1952, 48; Ramm ArbUR 1964, 129

10) ArbR 1920, 105; vgl. auch die Nachweise bei Ramm ArbUR 1964, 130

11) JW 1925, 1843; vgl. in diesem Zusammenhang auch Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935

sungsrechtlich garantierten Streikrechts für die Lösung nicht ausschlaggebend sei²²⁾. Selbst aus der Ablehnung eines grundrechtlich verankerten Streikrechts folge nicht notwendig, daß der Streik als rechtswidriger Bruch des Arbeitsvertrages anzusehen sei.

2.1.3. Vereinbarung von Kollektiv- und Individualrecht mit Hilfe eines "subjektiv-privaten Arbeitskampfrechts"

Im Zusammenhang mit der Begründung der Einheitslehre durch das BAG ist der Neuansatz Ottes²³⁾ zu beachten, der im Hinblick auf das italienische Recht²⁴⁾ den Arbeitskampf mit dem Individualarbeitsvertrag auf Grund eines subjektiv-privaten Arbeitskampfrechts zu vereinbaren sucht. Er interpretiert den Streik "als ein dem einzelnen Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis gegen den Arbeitgeber zustehendes Recht auf zeitweilige Verweigerung der Arbeitsleistung" und entsprechend die Aussperrung "als ein dem Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis gegen den jeweiligen Arbeitnehmer zustehendes Recht auf Aussetzung der geschuldeten Beschäftigung und Lohnzahlung"²⁵⁾. Es handle sich hierbei um subjektive Rechte vom Typ des

22) a.A. G.Müller RdA 1951, 247

23) Das subjektiv-private Arbeitskampfrecht als Grundlage einer Neuorientierung im Recht des Streiks und der Aussperrung, Hamburg 1970

24) Art.40 der italienischen Verfassung vom 1.1.1948 lautet: "Das Streikrecht wird im Rahmen der Gesetze, die es regeln, ausgeübt". Daraus schließen die italienische Literatur und Rechtsprechung (vgl. die Nachweise bei Otte aaO S.69 f.), daß die mit einem Streik verbundene Arbeitsniederlegung nicht als schuldhaftes Nichterfüllen des Arbeitsvertrags angesehen werden kann.

25) Otte aaO S.168

nicht vertragswidrig und nicht rechtswidrig handeln" (16).

Damit hatte sich das Bundesarbeitsgericht die Einheitslehre zu eigen gemacht und im Rahmen seines Rechtsfortbildungsauftrags gemäß § 45 Abs.2 S.2 ArbGG die oben dargelegte individualistisch-liberale Theorie abgelehnt. Das Gericht folgte so der in Lehre und Rechtsprechung¹⁷⁾ im Vordringen befindlichen Tendenz.

Ausgangspunkt der Begründung der Einheitslehre durch das BAG, die im wesentlichen der von Bulla folgt, war es, den Arbeitskampf als einheitliches Geschehen zu betrachten, das kollektivrechtlich nicht anders als individualrechtlich beurteilt werden könne¹⁸⁾. Bulla¹⁹⁾ und das BAG, das auf ihn verweist, lösen die Diskrepanz zwischen Individual- und Kollektivrecht dadurch, daß sie den Streik nur als Kollektivmaßnahme ansehen, bei der auch die Arbeitsniederlegung der einzelnen Arbeitnehmer kein Individualhandeln, sondern nur einen Teil des Kollektivhandelns der streikenden Belegschaft darstelle, der individualrechtlichen Vorschriften gar nicht unterliege. Dies stelle keine Anerkennung des Grundsatzes "Kollektivrecht vor Individualrecht"²⁰⁾ dar, sondern folge aus dem Wesen des Arbeitskampfes²¹⁾.

Der Große Senat stellte auch fest, daß die Bejahung oder Verneinung eines durch Art.9 Abs.3 GG verfas-

16) BAG 1,291 Leitsätze Nr.1 und 2

17) vgl. die Nachweise in BAG, 296 und insbesondere Bulla, Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes in Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1955, S.163 ff.; ebenso: Hessel BB 1951,85; G.Müller RdA 1951,247; Hoeniger BB 1955,37

18) vgl. BAG 1,303

19) aaO S.181

20) so aber Hessel BB 1951,85

21) vgl. BAG 1,305

Zur Wirkung des Streiks fehlt eine ebensolche klare Entscheidung. Lediglich in einem obiter dictum²⁹⁾ erkannte der Große Senat, daß die Streikenden keine Lösung der Arbeitsverhältnisse, sondern nur deren Suspendierung und Fortsetzung nach Beendigung des Streiks wollten.

Zur Rechtfertigung der Lösungstheorie führte der Große Senat aus, daß

- bereits aus der historischen Entwicklung in Deutschland folge, daß Aussperrung von jeher Lösung der Arbeitsverhältnisse bedeutete,

- eine die Arbeitsverhältnisse nur suspendierende Aussperrung dem Prinzip der Kampfparität widerspreche und das Risiko des Arbeitskampfes einseitig zugunsten der Arbeitnehmerseite erleichtere,

- eine suspendierende Abwehraussperrung als Antwort auf einen Streik sinnlos sei, da bereits dieser die Arbeitsverhältnisse suspendiere und dem Arbeitgeber dann überhaupt kein Kampfmittel zur Verfügung stehe³⁰⁾,

- die Annahme, die Aussperrung dürfe die Arbeitsverhältnisse nur suspendieren, weil sie auch der Streik nur suspendiere, falsch sei, da dann das Prinzip der Freiheit der Kampfmittel verkannt werde.

2.2.2. Kritik an der Lösungstheorie - die Suspendierungstheorie

Die Lösungstheorie des Großen Senats des BAG ist in der Literatur weitgehend auf Ablehnung gestoßen.

29) BAG 1, 305

30) BAG 1, 310 ff.; sog. Theorie des Hochschaukelns von Arbeitskämpfen, vgl. Reuß ArbuR 1963, 231

Gestaltungsrechts.

Dieser Neuorientierung von Otte ist vor allem deswegen zuzustimmen, weil sie im Hinblick auf den Arbeitsvertrag eine Rückführung zur herkömmlichen Zivilrechtsdogmatik bringt. Auch der Arbeitsvertrag, der ja nur eine besondere Ausgestaltung des in §§ 611 ff BGB geregelten Dienstvertrags darstellt, sollte nicht losgelöst von den zivilrechtlichen Vertragsvorschriften dem Kollektivrecht untergeordnet sein, was - trotz gegenteiliger Aussage²⁶⁾ - letzten Endes der Fall ist. Vielmehr ist der Arbeitskampf als Bestandteil des Einzelarbeitsvertrags zu betrachten, der unter bestimmten Voraussetzungen, die sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitskampfrechts richten, in Erscheinung treten kann.

2.2. Arbeitskampf und Einzelarbeitsvertrag

2.2.1. Die Lösungstheorie des BAG

In der bereits erwähnten Entscheidung²⁷⁾ hat der Große Senat des BAG hinsichtlich der Wirkung der Aussperrung auf den Einzelarbeitsvertrag die Lösungstheorie vertreten:

"Der von einer Gewerkschaft ohne fristgemäße Kündigung der Arbeitsverhältnisse durchgeführte Streik berechtigt die bestreikten Arbeitgeber, im Wege der kollektiven Abwehraussperrung die Arbeitsverhältnisse der streikenden Arbeitnehmer fristlos zu lösen" (28) .

26) vgl. oben S. 6 und Fußnote 20

27) BAG 1, 291

28) BAG 1, 292, Leitsatz Nr. 6; der Große Senat stellt sich in dieser Frage gegen Bulla (aaO S. 187), auf den sonst in der Entscheidung häufig Bezug genommen wurde. Nach dessen Ansicht suspendiert sowohl das Kollektivverhalten der Arbeitnehmer als auch des Arbeitgebers die arbeitsvertragliche Verpflichtung. Vgl. hierzu eingehend unten S. 9 ff.

sperrung begriffswesentlich³⁶⁾. Dennoch wurde der Kampfkündigung keine auflösende Wirkung beigemessen. Diese erfolge zwar formal-juristisch aber nicht wirtschaftlich³⁷⁾. Das historische Argument des BAG sei somit in zweifacher Hinsicht widerlegt, da eine Aussperrung im heutigen Sinne nicht bestand, sondern durch Kündigung erfolgte und auch diese Kündigung nicht als endgültig vertragsbeendend angesehen wurde.

- Die Hauptargumente für eine lösende Wirkung des Streiks, nämlich daß die Grundsätze der Kampfparität und der Freiheit der Kampfmittel durch die Annahme einer nur suspendierenden Aussperrung verletzt würden, werden von den Anhängern der Suspendierungstheorie nicht anerkannt.

Kampfparität bedeute, daß beide Kampfmittel nach gleichen Grundsätzen bewertet werden müßten. Das sei aber dann nicht der Fall, wenn Streik und Aussperrung verschiedene Wirkungen beigemessen werden. Bei konsequenter Durchführung des Paritätsgedankens müßte auch der Arbeitnehmerseite ein entsprechendes Kampfmittel mit lösender Wirkung zugestanden werden. Das BAG gebe Arbeitnehmern als Antwort auf eine Aggressivaussperrung aber nicht auch einen Abwehrstreik mit lösender

36) Bulla aaO S.174 bezeichnet diese einer Arbeitskampfhandlung vorausgehende Kündigung als Kampfkündigung. Auch eine solche Kündigung hat nach der zivilrechtlichen Dogmatik alle Eigenschaften einer echten Kündigung, vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht 3. - 5.Aufl., Bd.II

37) vgl. Bulla aaO S.174 und RAG ARS 4, 101:
"Eine in Veranlassung und zu Zwecken des Arbeitskampfes ausgesprochene Kündigung, mag sie vom Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ausgehen, bezweckt jedoch in der Regel und insbesondere auch nach der Anschauung der beteiligten Kreise nicht die endgültige Beendigung der bestehenden Arbeitsverhältnisse, sondern zielt auf deren spätere Fortführung, wenn schon vielleicht unter abgeänderten Bedingungen".

Von ihr wird die Suspendierungstheorie³¹⁾ vertreten, derzufolge sowohl beim Streik als auch bei der Aussperrung die Arbeitsverhältnisse der im Arbeitskampf befindlichen Arbeitnehmer nicht aufgelöst, sondern nur suspendiert werden.

Gegen die Argumente, die der Große Senat zur Begründung der Lösungstheorie angeführt hat³²⁾, wird eingewendet:

- s sei unrichtig, daß aus der historischen Entwicklung die lösende Wirkung der Aussperrung folge. Bei der Rechtslage, die vor dem Beschluß des Großen Senats vom 28. Januar 1955 herrschte, waren Aussperrungen nur durch individualrechtliche Einzelkündigungen möglich³³⁾. Nach der individualistisch-liberalen Rechtsauffassung³⁴⁾ erfolgte die Aussperrung im allgemeinen durch Kündigung, die den allgemeinen Kündigungsvorschriften unterstand. Nach der damals herrschenden Lehre³⁵⁾ war somit die Kündigung für die Aus-

31) Die Suspendierungstheorie wird u.a. vertreten von: Bertéle, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, Heidelberg 1960, S.87; Brox-Rüthers aaO S.222 f.; Fabricius RdA 1962, 94; Herschel ArbUR 1964, 65; Hessel, Das BAG zum Arbeitskampfrecht, Köln-Deutz 1955, S.42; Hoeniger RdA 1952, 241; ders. BB 1955, 704; Meisel BB 1966, 1027; G.Müller, Problematik und Probleme des Arbeitskampfrechts in der BRD, 1968, S.40; Promberger, Arbeitskampf und Einzelarbeitsverhältnis, München 1967, S.107; Reuß ArbUR 1963, 225; Söllner DB 1969, 838; van Gelder-Böttner ArbUR 1970, 35; Wiedemann RdA 1969, 332; Zeuner JZ 1962, 425; a.A., d.h. der Ansicht des BAG folgend: Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, II/2, § 47 B VI 2a; Nipperdey DB 1966, 1614; Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Band, S.163 Nüss NJW 1961, 1958

32) vgl. oben S.9

33) vgl. Hoeniger BB 1955, 706

34) vgl. hierzu oben S. 4 f.

35) vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, 3.-5.Aufl., Bd.II § 70 II 1; kritisch zur historischen Begründung auch Brox-Rüthers aaO S.224 und van Gelder-Böttner JuS 1969, 113

Die "soziale Dynamik" des Arbeitskampfes müsse ebenfalls bewertet werden⁴⁴⁾. Mit der Aussperrungserklärung mache sich der Arbeitgeber die Streikerklärung der Arbeitnehmer zu eigen und könne nun Dauer und Umfang des Arbeitskampfes bestimmen. Das könne dadurch geschehen, daß er eine Aussperrung länger durchhält als die Arbeitnehmer den Streik, oder daß er die Aussperrungserklärung im Falle eines Teilstreiks auf noch nicht streikende Teile der Belegschaft erstreckt⁴⁵⁾. Er könne auch erreichen, daß die Arbeitsbedingungen noch zum Nachteil der streikenden Belegschaft geändert würden. Die Gewerkschaften hätten somit den Ablauf des Arbeitskampfes nicht mehr allein in der Hand.

- Das Prinzip der Freiheit der Wahl der Kampfmittel werde durch die Anerkennung einer nur suspendierenden Aussperrung nicht beeinträchtigt; vielmehr stehe es dem Arbeitgeber frei, sein Kampfmittel zum taktisch richtigen Zeitpunkt einzusetzen⁴⁶⁾. Freiheit der Kampfmittel besagt nur, daß das Kampfmittel, so wie es begrifflich gelte, angewendet werden könne. Aussperrung und Streik könnten aber begrifflich nicht die Lösung der Arbeitsverhältnisse mit einschließen.

2.2.3. Lösende Wirkung des Streiks

Als einen konsequenten Verfechter der Lösungstheorie

BAG 1,312: die These entbehre im deutschen Recht einer rechtlichen Grundlage.

44) vgl. Fabricius RdA 1962, 101

45) vgl. Reuß ArbUR 1963, 226; a.A. van Gelder-Böttner JuS 1969, 115. Sie bestreiten, daß streikende Arbeitnehmer mit einer über die Streikwirkung während der Dauer des Streiks hinausgehenden Wirkung ausgesperrt oder aussperrende Arbeitgeber mit einer über die Aussperrungswirkung während der Dauer der Aussperrung hinausgehenden Wirkung bestreikt werden können.

46) vgl. Hessel aaO S.40

Wirkung an die Hand, der der lösenden Aussperrung entsprechen würde³⁸⁾. Gegen eine lösende Aggressiv-³⁹⁾ aussperrung, die nach dem Beschluß des Großen Senats³⁹⁾ möglich sei, habe die Arbeitnehmerseite überhaupt kein adäquates Kampfmittel. Der Beschluß stehe damit im Widerspruch zu dem vom BAG selbst geprägten Begriff der Kampfparität.

Daß die suspendierende Abwehraussperrung gegen den suspendierenden Streik keine wirksame Waffe darstelle, sei ebenfalls unzutreffend. Nach Ansicht von Bertele⁴⁰⁾ würde die Forderung des BAG in den Satz münden, der Angegriffene müsse stets eine weitergehende Waffe als der Angreifer haben. Antworte nun der Angegriffene mit seinem überlegenen Kampfmittel, vertausche er die Rollen und der Angreifer werde zum Angegriffenen, dem dann wiederum ein Kampfmittel an die Hand gegeben werden müßte. Das würde zu einer "unendlichen Reihe von Kampfmitteln führen, die erst entdeckt werden müßten"⁴¹⁾.

- Dem Argument, daß eine suspendierende Abwehraussperrung als Antwort auf einen die Arbeitsverhältnisse bereits suspendierenden Streik sinn- und wirkungslos wäre, wird zweierlei entgegengehalten:

Der Gedanke der Kampfparität sei vom BAG überspitzt worden⁴²⁾. Die angemessene und gleichwertige Waffe für den Arbeitgeber sei es, wenn es ihm gelinge, den Arbeitsplatz des Streikenden mit einem anderen Arbeitnehmer zu besetzen und so den Arbeitskampf zu gewinnen⁴³⁾.

38) vgl. Fabricius RdA 1962, 101; Hessel aaO S.40; Reuß, ArbuR 1963, 228

39) BAG 1, 310

40) aaO S.86

41) Bertele ebenda

42) vgl. G.Müller, Problematik und Probleme, S.40

43) Das ist die Rechtslage in den USA. Promberger aaO S.101 und Hoeniger RdA 1952, 241 wollen diese These auch ins deutsche Recht übertragen; a.A. aber

Gegensatz zu Baumert, der dem Streik stets lösende Wirkung beimißt, legen die anderen Autoren aber die Entscheidung über die Wirkung des Streiks in die Hände der streikenden Arbeitnehmer bzw. deren Gewerkschaften.

Die genannte Ansicht steht auch im Einklang mit den vom Großen Senat aufgestellten Grundsätzen von Kampfparität und Waffengleichheit. Wenn man eine Angriffsaussperrung mit beendender Wirkung anerkennt, muß man diese auch einem Angriffsstreik zugestehen.

Mag man auch bestreiten⁵¹⁾, daß der Streik stets die Lösung der Arbeitsverhältnisse herbeiführe, so kann doch davon ausgegangen werden, daß nach den genannten Grundsätzen des Großen Senats des BAG jedenfalls ein Streik mit Lösungswirkung möglich ist.

2.2.4. Der Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. April 1971⁵²⁾

Im Beschluß vom 21.4.1971 hat sich der Große Senat entgegen seinem früheren Beschluß vom 28.1.1955⁵³⁾ zur Suspendierungstheorie bekannt. In den Leitsätzen heißt es wörtlich:

- "1.) Arbeitsk Kampfmaßnahmen stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.
- 2.) Streiks führen zur Suspendierung der Arbeitsverhältnisse. Auch Aussperrungen haben im allgemeinen nur suspendierende Wirkung.
- 3.) Nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit kann eine Aussperrung mit lösender Wirkung zulässig sein. In einem solchen Fall hat der Arbeitneh-

51) van Gelder-Böttner JuS 1969, 112; van Gelder-Leinemann, Übungen im Arbeitsrecht, Berlin und New York 1971, S. 159 ff. und Richardi RdA 1970, 65 treten Baumerts Ansicht entgegen.

52) BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG - Arbeitskampf = RdA 1971, 185 = DB 1971, 1061 = BB 1971, 701

53) BAG 1, 291

könnte man Baumert⁴⁷⁾ bezeichnen. Er ist der Ansicht, daß bei einem Arbeitskampf zwangsläufig der Angreifer die individuellen Vertragsverhältnisse löst⁴⁸⁾, gleichgültig ob es sich um einen Angriffsstreik oder eine Angriffsaussperrung handle. Bei einem Wirtschaftskampf⁴⁹⁾ - so möchte Baumert den Arbeitskampf bezeichnet sehen - dürfe keinem Angreifer irgendein Risiko vorenthalten werden. Der Angreifer könne vom Gegner kein "Mitspielen" verlangen; dieser sei auch nicht verpflichtet, am Kampf teilzunehmen und müsse deshalb gegenüber dem Angreifer völlige Handlungs- und Willensfreiheit haben, sei es, daß er seine Arbeitskraft oder daß er seine Betriebsstätte anderweitig verwertet.

Die Arbeitsniederlegung durch streikende Arbeitnehmer sei die schärfste und stärkste Form für die Erklärung, den alten Vertrag nicht mehr gelten lassen zu wollen. Das Argument, die Arbeitnehmer seien nach Beendigung des Streiks wieder arbeitswillig, sei irrig, da sie den bisher vereinbarten Arbeitslohn nicht mehr bestehen lassen und einen Vertrag zu neuen, günstigeren Bedingungen abschließen wollten.

Die Ansicht, daß auch der Streik die Arbeitsverhältnisse nicht nur suspendieren, sondern auch lösen könne, wird in der Literatur⁵⁰⁾ durchaus vertreten. Im

47) DB 1966, 1888

48) vgl. DB 1966, 1893

49) Molitor BB 1955, 454 bezeichnet den Arbeitskampf als Tatsache des sozialen Lebens.

50) Nipperdey DB 1963, 1614 stellt es den Gewerkschaften anheim, ob sie suspendierend oder lösend streiken wollen; zust. Mayer-Maly Anm. zu BAG AP Nr. 31 zu Art. 9 GG - Arbeitskampf; ebenso Isele JuS 1964, 44; einschränkend aber Nüss NJW 1961, 1959 und Molitor BB 1955, 454, die die lösende Wirkung nur auf Abwehrstreiks als Antwort auf eine Angriffsaussperrung beziehen wollen. Ein Streik mit lösender Wirkung ist jedoch in der BRD bisher noch nicht durchgeführt worden (vgl. Isele JuS 1964, 41).

mit einer Abwehraussperrung im Sinne der Rechtsprechung des Großen Senats nicht zu vereinbaren". Sie sei deshalb unwirksam.

Besonders hervorzuheben ist schließlich das Urteil vom 15.6.1964⁵⁸⁾. Es ging hier um einen Urlaubsabgeltungsanspruch nach Ausscheiden eines Arbeitnehmers auf Grund eigener Kündigung. Fraglich war, ob der Zeitraum einer Aussperrung hier miteinzubeziehen war oder nicht. Das BAG hat dem Abgeltungsverlangen in vollem Umfang entsprochen, da auch die lösende Aussperrung nicht alle auf dem Arbeitsverhältnis beruhenden Bande zwischen dem aussperrenden Arbeitgeber und dem ausgesperrten Arbeitnehmer löse.

Unter Hinweis auf die genannten Urteile hat die Lehre⁵⁹⁾ dem BAG zu Recht vorgeworfen, den von ihm selbst aufgestellten Grundsätzen über die Lösungstheorie untreu geworden zu sein. Diese Kritik, wie auch die im Schrifttum immer häufiger vertretene Suspendierungstheorie führten schließlich zum Vorlagebeschluß des 1.Senats vom 3.9.1968⁶⁰⁾ und zum Beschluß des Großen Senats vom 21.4.1971⁶¹⁾.

58) BAG 16, 123 = BAG AP Nr.36 zu Art.9 GG - Arbeitskampf = BB 1964, 966

59) vgl. Meisel BB 1966, 1030; van Gelder-Böttner ArbUR 1970, 35; Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP Nr.36 zu Art.9 GG - Arbeitskampf, bemerkt, nach Ansicht des 1.Senats wirke die "lösende" Aussperrung "eher als qualifizierte Suspendierung denn als echte Lösung". Tomandl, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, Wien - New York 1965, S.290, meint im Zusammenhang mit derselben Entscheidung, damit habe der 1.Senat die "lösende" Aussperrung zu Grabe getragen.

60) BAG AP Nr.39 zu Art.9 GG - Arbeitskampf

61) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf, Bl.307 S.1

mer nach Beendigung des Arbeitskampfes einen Wiedereinstellungsanspruch nach billigem Ermessen.

- 4.) Insoweit werden die Rechtsgrundsätze der Entscheidung des Großen Senats vom 28. Januar 1955 - GS 1/54 - AP Nr.1 zu Art.9 GG - Arbeitskampf - abgeändert und fortentwickelt".

Die in dem Beschluß vollzogene Hinwendung zur Suspendierungstheorie war bereits durch die vorhergehende Rechtsprechung des BAG eingeleitet worden⁵⁴⁾.

Bei streikbeteiligten Arbeitnehmerinnen, die dem MuSchG unterlagen, hatte das BAG im Urteil vom 19.10.1960⁵⁵⁾ zwar eine lösende Aussperrung anerkannt, jedoch gleichzeitig eine Wiedereinstellungspflicht für diese Arbeitnehmerinnen gefordert. Im Urteil vom 25.1.1963⁵⁶⁾ wurde die Aussperrung nicht streikender unter das MuSchG fallender Arbeitnehmerinnen zugelassen, jedoch wiederum eine alsbaldige Wiedereinstellungspflicht entsprechend § 19 Abs.5 SchwBeschG verlangt.

Dem Urteil vom 6.12.1963⁵⁷⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde: ein Arbeitgeber hatte zugleich mit der Aussperrungserklärung die Arbeitnehmer aufgefordert, ihre Arbeitskraft sofort wieder anzubieten. Der 1. Senat des BAG deutete diese Erklärung als Ultimatum, aus dem sich ergebe, daß der Arbeitgeber nicht den Willen gehabt habe, nach dem Ende des Streiks über eine Wiederbeschäftigung zu verhandeln und führte wörtlich aus: "Eine solche endgültige Lösung ist aber

54) vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei Meisel BB 1966, 1027

55) BAG 10, 111 = BAG AP Nr.11 zu Art.9 GG - Arbeitskampf

56) BAG 14, 52 = BAG AP Nr.24 zu Art.9 GG - Arbeitskampf

57) BAG 15, 145 = BAG AP Nr.31 zu Art.9 GG - Arbeitskampf

Frankreich und Italien die Aussperrung erheblich stärkeren Beschränkungen unterliegt als in der BRD bzw. in bestimmten Fällen unzulässig ist⁶⁴⁾.

Hinzu kommt, daß Art.29 Abs.5 der Hessischen Landesverfassung vom 1.12.1946 die Aussperrung für unzulässig erklärt⁶⁵⁾.

Die Diskussion über Zulässigkeit und Unzulässigkeit der Aussperrung wird vor allem als Reaktion auf den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21.4.1971 wieder verstärkt geführt. Zur Rechtfertigung eines Aussperrungsverbots wird den vom BAG aufgestellten Rechtsgrundsätzen folgendes entgegengehalten:

-
- 64) Zöllner aaO S.12 Fußnote 19 m.w.N. stellt im Rahmen einer rechtsvergleichenden Untersuchung in den europäischen Staaten fest, daß nach der herrschenden Lehre in Italien die Aussperrung als Reaktion auf einen rechtmäßigen Streik unzulässig ist; vgl. zur Rechtslage in Italien auch Otte aaO S.78 ff. und Giugni, Referat für die Tagung der IG Metall vom 13.-15. September 1973, Protokoll, S.265 ff.; vgl. auch die Referate zu Streik und Aussperrung in den Niederlanden, in Großbritannien und in Frankreich von Hoefnagels, Protokoll S.251 ff., Kitchen, Protokoll S.281 ff., und Lyon-Caen, Protokoll S.333 ff., die ebenfalls auf der genannten Tagung gehalten wurden.
- 65) Im Gegensatz zur vorherrschenden Ansicht in der Lehre (vgl. hierzu die Literaturnachweise bei Jüring DB 1966, 190 Fußnote 3 und Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Bad Homburg v.d.H. - Berlin - Zürich 1968, S.9 f.), die diese Vorschrift der hessischen Landesverfassung für nichtig erachtet, halten das Aussperrungsverbot für gültig: Abendroth GewMonH 1954, 634; Evers, Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, Hamburg 1969; Lerche aaO; Barwinski in Zinn-Stein, Die Hessische Verfassung, 1954, Anm.18 zu Art.29 (zitiert nach Jüring DB 1966, 190); Radke Gewerkschafter 1966, 35

2.2.5. Unzulässigkeit der Aussperrung

In letzter Zeit häufen sich in der Literatur⁶²⁾ die Stimmen, die jede Aussperrung - gleich ob lösend oder suspendierend - für unzulässig halten. Auch die Gewerkschaften⁶³⁾ vertreten diese Ansicht nunmehr verstärkt.

Die Gegner der Aussperrung können sich auch darauf berufen, daß in einigen europäischen Ländern wie

62) vgl.: Däubler JuS 1972, 642; Frey ArbuR 1963, 301; Kittner GewMonH 1973, 91; Möller-Lücking ArbuR 1973, 295; Musa RdA 1971, 346; Radke ArbuR 1964, 67; Rajewsky, Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/Main 1970, S.64; Ramm, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965, S.197; R.Schmid, GewMonH 1964, 326; Schwegler GewMonH 1972, 299; kritisch dazu, daß das BAG in seinem Beschluß vom 21.4.1971 das Problem der Zulässigkeit der Aussperrung überhaupt nicht behandelt Sacker GewMonH 1972, 289; a.A., d.h. die Zulässigkeit der Aussperrung bejahend, die wohl herrschende Lehre, vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, § 47 II 2 m.w.N. in Fußnote 20; Söllner, Arbeitsrecht 3.Aufl., § 13 III; Brox-Rüthers aaO S.34 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Band, S.94; Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974, S.60 m.w.N. in Fußnote 5 auf S.9; Reuter JuS 1973, 284, der insbesondere Däubler entgegentritt.

63) vgl. die Tagung der IG Metall vom 13. - 15. September 1973 und den hierüber gedruckt erschienenen Bericht. Zusammenfassende Berichte über diese Tagung auch im Gewerkschaftsreport Jahrgang 7 Nr.16/1973 und in Kritische Justiz 1973, 435. Beim 9. ordentlichen Bundeskongreß des DGB vom 25. Juni - 1. Juli 1972 wurde der Antrag Nr.180 auf Erklärung der Unzulässigkeit der Aussperrung angenommen (abgedruckt bei Hernekamp, Arbeitskampf, Berlin - New York 1975, S.73 f.).

auf den Arbeitsvertrag und die hierzu vorgetragenen Argumente analysiert werden. Sieht man von der heute nicht mehr vertretenen individualistisch-liberalen Theorie ab, läßt sich zusammenfassend festhalten:

- Streik und Aussperrung können sowohl lösende als auch suspendierende Wirkung auf den Individualarbeitsvertrag haben.

- Vertretbar ist auch, daß die Aussperrung - gleichgültig mit welcher Wirkung - unzulässig ist. Für die Vertreter dieser Ansicht hat der Streik stets suspendierende Wirkung.

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse sind nunmehr die mit den Erhaltungsarbeiten verbundenen Fragen zu untersuchen.

Der Gedanke der Kampfparität sei formell zwar gerechtfertigt, materiell aber nicht haltbar, da alle Arbeitnehmer durch eine Aussperrung erheblich mehr in ihrer materiellen Existenz betroffen und bedroht würden als die bestreikten Arbeitgeber. Dieser Gegensatz von "risque humain" bei den Arbeitnehmern und "risque patrimonial" bei den Arbeitgebern stehe im Widerspruch zu Kampfparität und Waffengleichheit⁶⁶⁾.

Zur Aufrechterhaltung der Waffengleichheit bedürfe es keiner Aussperrung, da die Unternehmer ihre wirtschaftlichen Interessen bereits auf Grund ihrer Verfügungsmacht über die Produktionsmittel durchsetzen könnten. Das Instrument der Aussperrung sei in Verbindung mit dieser Verfügungsmacht eine weitere Waffe, um die Übermacht des Unternehmers zu fördern. Damit werde die Gleichheit zwischen den Tarifpartnern nicht gefördert sondern verletzt.

Mit der Anerkennung der Aussperrung verstoße das BAG gegen Art.3 Abs.1 GG zum Nachteil der Gewerkschaften: Daran ändere auch die Beseitigung der Lösungswirkung nichts⁶⁷⁾.

§ 3 Zusammenfassung des I.Teils

Bei der vorstehenden Untersuchung wurde bewußt darauf verzichtet, sich der einen oder anderen Meinung anzuschließen. Es sollten nur die verschiedenartige Beurteilung der Wirkung von Streik und Aussperrung

66) vgl. Noë, Gebändigter Klassenkampf - Tarifautonomie in der BRD, Berlin 1970, S.223; Schwegler GewMonH 1972, 307; Sacker GewMonH 1973, 93; a.A. Zöllner aaO S.41 Fußnote 137, der diesen Einwand wegen der Möglichkeiten der Streikunterstützung und der Sozialhilfe für überholt hält.

67) vgl. Musa RdA 1971, 349

eines Arbeitskampfes im Bergbau sind die Pumpsanlagen weiter zu bedienen, andernfalls saufen Schächte ab oder stürzen Gruben ein. Hochöfen, Schmelzöfen in Gießereien und Ofenkammern in Kokereien müssen auf bestimmter Temperatur gehalten werden, sonst entstehen Risse in den Anlagen. Er kaltete Öfen müssen neu ausgemauert werden. Langwierige Reparaturen legen nicht nur die betroffenen Bestriebssteile still, sondern schließen die Arbeit wegen des Materialstaus im Vorfertigungsbereich ebenso aus wie in weiterverarbeitenden Betriebsanlagen.

Werden diese Arbeiten nicht durchgeführt, ist eine Wiederaufnahme der Produktion in den Betrieben nach Beendigung des Arbeitskampfes erschwert bzw. völlig unmöglich.

§ 2 Erhaltungsarbeiten - Notstandsarbeiten, Definition und Abgrenzung

Der Streik des 19. Jahrhunderts richtete sich eindeutig gegen den Unternehmer. Die Wirkung auf unbeteiligte Dritte war geringfügig. In der heutigen Industriegesellschaft, in der nicht nur die Gewerkschaften durch ihre hohe Mitgliederzahl schlagkräftiger und verbreiteter geworden sind, sondern sich auch viele Betriebe zu nationalen oder multinationalen Konzernen zusammenschließen, ist die Wirkung eines Arbeitskampfes auf die Bevölkerung ungleich stärker. Der moderne Massenarbeitskampf ist somit nicht mehr eine "Privatangelegenheit zwischen Gewerkschaft und Unternehmer"⁷¹⁾, sondern er betrifft auch in viel

71) vgl. Götz Briefs, Das Gewerkschaftsproblem gestern und heute, 1955, S.66, zitiert bei Apfel, Die Sicherung und Erhaltung des Betriebs bei Arbeitskämpfen, Frankfurt/Main 1970, S.26 Fußnote 12

II. Teil

Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf

§ 1 Notwendigkeit von Erhaltungsarbeiten

Ziel eines rechtmäßigen Arbeitskampfes ist stets die Verbesserung der Arbeits- und Lohnbedingungen, die in Tarifverträgen niedergelegt werden. Dabei stellt der Arbeitskampf die "ultima ratio"⁶⁸⁾ der Auseinandersetzung zwischen den Tarifpartnern dar. Keiner der kämpfenden Parteien ist an einer Zerstörung der Produktionseinrichtungen gelegen, da ja beabsichtigt wird, in den betroffenen Betrieben nach Beendigung des Arbeitskampfes unter den Bedingungen eines neuen Tarifvertrags weiterzuarbeiten. Würde der Produktionsapparat als Folge des Arbeitskampfes zerstört oder beschädigt, wäre den beiderseitigen Interessen schlecht gedient. Um diese unerwünschten Folgen zu vermeiden, müssen auch während des Arbeitskampfes bestimmte Tätigkeiten verrichtet werden, die sogenannten Erhaltungsarbeiten⁶⁹⁾.

⁷⁰⁾
Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen: während

68) vgl. BAG 1,300

69) vgl. BAG 1,312; LAG Frankfurt v. 22.4.1969
ArbuR 1970,359 = DB 1970,933 = SAE 1970,185.
In der Literatur herrscht allgemein Einverständnis über die Notwendigkeit von Erhaltungsarbeiten, vgl. Brox-Rüthers aaO S.146 u.230 f.; Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, 2.Aufl. S.79 f.; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, § 47 B VI 3c; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf 3.Aufl., S.96; Tomandl aaO S.154

70) Die Beispiele sind Lauschke DB 1970,1175 sowie einem bisher unveröffentlichten Aufsatz von Heckelmann "Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf" entnommen, auf den in der Folge noch öfters Bezug genommen wird und der aus Vereinfachungsgründen mit "Heckelmann Aufsatz" bezeichnet wird.

fenden als "Notstandsarbeiten" zu kennzeichnen⁷⁴⁾.

Für die folgende Untersuchung kommen nur die Erhaltungsarbeiten in Betracht.

§ 3 Die Durchführung von Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen in der Vergangenheit

Zu Recht beanstandete Hoeniger⁷⁵⁾ den Mangel an Tatsachenerforschung auf dem Gebiete der Arbeitskämpfe, der zur Folge habe, daß über die in den einzelnen Industrien bestehenden Gewohnheiten schwer genauere Angaben gemacht werden könnten. Apfel⁷⁶⁾ gebührt wohl als erstem das Verdienst, hier eine umfassende Untersuchung vorgenommen zu haben. Es kann daher zur Klärung der Frage, wie in der Vergangenheit Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen durchgeführt wurden, vor allem auf dessen Ausführungen verwiesen werden⁷⁷⁾.

74) ebenso Herschel ArbuR 1970, 352; Brox-Rüthers aaO S.146 mit Fußnote 175; Hoeniger RdA 1953, 204; Lauschke DB 1970, 1175 versteht Notarbeit als den Oberbegriff für die privatrechtliche Instandhaltungsarbeit (die hier als Erhaltungsarbeit bezeichnet wird) und die öffentlich-rechtliche Notstandsarbeit. Die Unterscheidung ist schon deswegen verwirrend, weil Notarbeit und Notstandsarbeit zwei im Sprachgebrauch leicht zu verwechselnde Begriffe sind.

Die hier getroffene Unterscheidung zwischen den Begriffen Erhaltungs- und Notstandsarbeiten wird nicht überall verwendet. So sprechen die Satzungen und Richtlinien der Tarifpartner (vgl. unten S.28 ff. meist nur von Notstandsarbeiten. Bei den Zitaten, wie wörtlich wiedergegeben wurden, sind jedoch stets die Erhaltungsarbeiten gemeint.

75) RdA 1953, 205 Fußnote 3

76) aaO S.97 ff.

77) In seiner Untersuchung behandelte Apfel den bayerischen Metallarbeiterstreik 1954, den Metallarbeiterstreik in Schleswig-Holstein 1956/57, den Arbeitskampf in der Metallindustrie Baden-Württembergs 1963, den Streik im saarländischen Steinkohlenbergbau 1962, den Streik in der norddeutschen, pfälzischen und rheinhessischen Papierindustrie 1962 und den Streik in der ledererzeugenden In-

stärkerem Maße Unbeteiligte.

Hierbei ist vor allem an lebenswichtige Betriebe zu denken, die etwa für die Trinkwasserversorgung, für Gas, Elektrizität u.ä. zuständig sind. Ein Streik in diesen Betrieben würde auf Grund der damit verbundenen Wirkungen auf die betroffene Bevölkerung weit über das Ziel hinausgehen und wäre für die Rechtsordnung unerträglich, wenn nicht ein entsprechender Notdienst zum Schutze der Bevölkerung eingerichtet würde. Zur Veranschaulichung ist der Fall eines Arbeitskampfes in der Versorgungsindustrie heranzuziehen. Lebenswichtige Einrichtungen wie Krankenhäuser und Feuerwehr müßten ohne einen Notdienst völlig ausfallen.

Das Problem des Schutzes Unbeteiligter vor den Auswirkungen des Arbeitskampfes ist jedoch von der Frage zu trennen, auf welche Weise die Produktionsanlagen der bestreikten Betriebe zu schützen sind⁷²⁾. Beim Schutz der Bevölkerung während eines Arbeitskampfes in Versorgungsbetrieben liegen die entsprechenden Maßnahmen im öffentlichen Interesse und sind daher solche des öffentlichen Rechts⁷³⁾. Die Erhaltung der Produktionsanlagen liegt meist nur im privaten Interesse des Arbeitgebers und seiner Belegschaft.

Es ist also zu unterscheiden zwischen Schutzmaßnahmen, die sich nur auf den Betrieb und solchen, die sich auf die Allgemeinheit beziehen. Um bereits begrifflich eine Klärung herbeizuführen, empfiehlt es sich, die lediglich auf den Betrieb bezogenen Maßnahmen als "Erhaltungsarbeiten" und die die Allgemeinheit betref-

72) vgl. Apfel aaO S.26; Brox-Rüthers aaO, S.146 Fußnote 175

73) Lauske DB 1970, 1175 trifft diese Unterscheidung mit Hilfe des römischen Rechtssatzes: "...publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem".

triebsleitung einberufen.

- Die Erhaltungsarbeiter erhielten in der Regel besondere Ausweise zum Betreten des Fabrikgeländes während des Arbeitskampfes. Dabei waren drei Arten zu unterscheiden:

Ausweise, die von der Betriebsleitung ausgestellt und unterzeichnet wurden,

Ausweise, die von der Betriebsleitung ausgestellt und unterzeichnet und von der Streikleitung gegengezeichnet wurden,

Ausweise, die nur von der Streikleitung ausgestellt und unterzeichnet wurden (sog. Passierscheine).

Es kam vor, daß für Erhaltungsarbeiten oft mehrere dieser verschiedenen Ausweise ausgestellt wurden und die zu Erhaltungsarbeiten eingeteilten Arbeitnehmer diese auch zur Legitimation bei sich trugen.

- Die Ausführung der einzelnen Arbeiten stand unter dem Weisungsrecht des Arbeitgebers.

- Die Erhaltungsarbeiter erhielten weiterhin ihren vollen Lohn. Sie wurden bei der Krankenkasse nicht abgemeldet. Die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung wurden weiterhin entrichtet. Der Unfallversicherungsschutz gemäß § 539 Abs.1 Ziff.1 RVO bestand ebenfalls fort⁷⁹⁾.

- Obwohl die Gewerkschaften in der Regel keinen eigenen Plan zur Durchführung der Erhaltungsarbeiten vorlegten, kam es über die Stärke des Erhaltungsdienstes sowie Art und Umfang der Erhaltungsarbeiten zu Auseinandersetzungen mit dem Arbeitgeber⁸⁰⁾. Auf

79) vgl. Brox-Rüthers aaO S.250; Siebrecht aaO S.116

80) vgl. den der Entscheidung des LAG Frankfurt v.22.4.1969 zugrunde liegenden Tatbestand (abgedr. in SAE 1970,185 f.): bei einer Gesamtbelegschaft von ca. 3000 Arbeitnehmern hielt der Arbeitgeber 1170 Arbeitnehmer für erhaltungspflichtig, die Gewerkschaft hingegen nur 64.

Die für die folgende Erörterung wichtigen Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Bisher wurden bei allen Arbeitskämpfen Erhaltungsarbeiten durchgeführt⁷⁸⁾.

- Die Erhaltungsarbeiten wurden bereits vor Beginn des Arbeitskampfes organisiert. Dabei bereitete stets die Betriebsleitung die Durchführung dieser Arbeiten vor, indem sie die zur Erhaltung des Betriebs unerläßlichen Funktionen und die zu ihrer Erfüllung erforderlichen Arbeitskräfte feststellte. Artfremde Arbeiten wurden von den jeweiligen Arbeitnehmern in der Regel nicht verlangt.

- Der Betriebsrat wurde bei der Einrichtung des Erhaltungsdienstes zumeist eingeschaltet. Oft gehörten die Betriebsratsmitglieder der betrieblichen Streikleitung an.

- Über Organisation und Durchführung des Erhaltungsdienstes fanden - meist vor Kampfbeginn - Besprechungen zwischen der Unternehmensleitung, bisweilen unter Zuziehung des Arbeitgeberverbands, und von Vertretern der Gewerkschaft statt.

- Die zum Erhaltungsdienst eingeteilten Arbeitnehmer wurden fast immer unmittelbar durch die Be-

dustrie in Neumünster 1962. Auch der Arbeitskampf in der baden-württembergischen Metallindustrie 1971 steht im Einklang mit den bei vorangegangenen Arbeitskämpfen zu beobachtenden Gewohnheiten (vgl. Verband der Metallindustrie Baden-Württemberg e.V. Stuttgart, Der Arbeitskampf '71 S.29 f.)

78) vgl. Fenn SAE 1970,189; Hoeniger RdA 1953,205 berichtet lediglich von einem Fall aus dem Jahre 1921, bei dem die in den Streik tretenden Arbeitnehmer die zur Instandhaltung der Maschinen erforderlichen Arbeiten zunächst verweigerten. Der Schlichtungsausschuß versagte dann unter Zustimmung eines Teils der Arbeitnehmerbeisitzer den Eintritt in materielle Vermittlungsverhandlungen, solange die Erhaltungsarbeiten nicht ausgeführt waren. Das ist aber der einzige in der Literatur erwähnte Ausnahmefall.

- 1.) Die arbeitskampfführende Gewerkschaft hat Regelungen zu treffen, ob und wie zur Erhaltung der Arbeitsplätze erforderliche Notstandsarbeiten zu verrichten sind.
- 2.) Die Satzungen oder Arbeitskampfrichtlinien der Gewerkschaften sollen die Gewerkschaftsmitglieder verpflichten, von den Gewerkschaften gebilligte Notstandsarbeiten durchzuführen.
- 3.) Sie sollen Bestimmungen darüber enthalten, daß Notstandsarbeiten für den Fall von Aussperrungen nicht geleistet werden (85). Dies gilt nicht, wenn schwerwiegende und nicht wiedergutzumachende Schäden für die Allgemeinheit verhindert werden müssen".

Die Deutsche Angestellten-Gewerkschaft bestimmt in Ziff.9 ihrer Streikrichtlinien⁸⁶⁾:

"Notstandsarbeiten dienen grundsätzlich der Erhaltung der Betriebseinrichtungen, damit die Wiederaufnahme der Arbeit nach Beendigung des Arbeitskampfes unverzüglich erfolgen kann. Sie sind auf das äußerst vertretbare Mindestmaß zu beschränken.

Die Ausführung von Notstandsarbeiten ist eine Angelegenheit der im Arbeitskampf befindlichen Personen.

Über Art und Umfang der Notstandsarbeiten soll vor Beginn des Arbeitskampfes ein Einvernehmen zwischen den örtlichen Streikleitungen und den Betriebsleitungen herbeigeführt werden. Bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet die zentrale Streikleitung".

In Ziff.10 wird noch erwähnt, daß sich alle Streikenden für die Verrichtung von Erhaltungsarbeiten zur

85) Die Richtlinie steht im Einklang mit der von den Gewerkschaften erhobenen Forderung nach einem gesetzlichen Verbot der Aussperrung; vgl. hierzu oben S.18. In einer Presseerklärung vom 31.7.1974, abgedr. bei Hernekamp aaO S.79, hat sich die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände entschieden gegen diese Arbeitskampfrichtlinien gewandt und sie als ein Zeichen zunehmender Radikalisierung gewertet. Dies zeige sich vor allem in den neuen Bestimmungen für Erhaltungsarbeiten, die bei den Arbeitskämpfen die Existenz der Betriebe und damit der Arbeitsplätze gefährden würden. Die Richtlinien widersprüchen in wesentlichen Punkten dem geltenden Arbeitskampfrecht.

die personelle Besetzung der notwendigen Erhaltungsarbeitsplätze suchte die Gewerkschaft hingegen nur selten Einfluß zu nehmen⁸¹⁾.

- Besonders hervorzuheben ist noch, daß die genannten Gemeinsamkeiten sowohl beim Streik als auch bei der Aussperrung zutrafen⁸²⁾.

§ 4 Aussagen der Tarifpartner zu den Erhaltungsarbeiten

4.1. Satzungen und Richtlinien der Gewerkschaften

Aus dem Lager der Gewerkschaften ist zunächst Grote⁸³⁾ zu nennen, der die Erhaltungsarbeiten als Obliegenheiten der Gewerkschaften ansieht.

"Jeder Streik verpflichtet die gewerkschaftliche Organisation, vor Auslösung der Aktion Maßnahmen zur Durchführung von Notstandsarbeiten zu treffen. Hierzu gehören keinerlei produktive Arbeiten, sondern nur solche, die zur Erhaltung der bestreikten Betriebe unbedingt erforderlich sind..

Unveränderlicher Grundsatz muß sein, daß die Verrichtung der Notstandsarbeiten, ihre Einleitung, Durchführung und Überwachung die alleinige Aufgabe der Gewerkschaft ist, die die Kampfhandlung durchführt".

Die einzelnen Gewerkschaften haben fast alle Satzungen bzw. Arbeitskampfrichtlinien aufgestellt, die sich auch mit den Erhaltungsarbeiten befassen.

So heißt es in § 8 der Arbeitskampfrichtlinien des Deutschen Gewerkschaftsbunds⁸⁴⁾:

81) vgl. zum Ganzen Apfel aaO S.113 ff.

82) Bei den Arbeitskämpfen in der Metallindustrie Baden-Württembergs 1963 und 1971 wurde beide Male vom Kampfmittel der Aussperrung Gebrauch gemacht.

83) Der Streik, Taktik und Strategie, Köln 1952, S.177

84) beschlossen am 5.6.1974 vom Bundesausschuß des BGB, abgedr. bei Hernekamp aaO S.75

der Gewerkschaft der Polizei ist, wird lediglich die Notwendigkeit von "Wartungsarbeiten" und eine Verpflichtung der Mitglieder, diese durchzuführen, anerkannt.

Diese Verpflichtung ist auch in § 13 Ziff.5 der Satzung⁹¹⁾ der Industriegewerkschaft Bergbau und Energie im DGB niedergelegt.

Eine ausführliche Regelung findet sich in Abschnitt III Ziff.6 der Hinweise für Arbeitseinstellungen (Streik)⁹²⁾ der Industriegewerkschaft Metall im DGB. Nur solche Tätigkeiten dürfen danach als Erhaltungsarbeiten verrichtet werden, die zur Erhaltung der Betriebsanlagen, dem Entladen von Rohmaterial, der Sicherstellung der öffentlichen Versorgung und der Verhinderung von Schäden dienen, die die Wiederaufnahme der Arbeit ungebührlich lange hinauszögern könnten. Der Bezirksleiter hat mit den Bevollmächtigten einen Katalog der zu genehmigenden Erhaltungsarbeiten aufzustellen. Diese beiden Gewerkschaftsvertreter stellen auch die hierfür erforderliche Zahl von Arbeitern fest. Die Erhaltungsarbeiter erhalten Ausweise der Industriegewerkschaft Metall.

§ 19 Ziff.4 der Satzung⁹³⁾ der Industriegewerkschaft Chemie - Papier - Keramik im DGB gebietet, daß den Anordnungen, Notstandsarbeiten durchzuführen, Folge zu leisten ist.

Die Satzungen der Gewerkschaften Textil- Bekleidung im DGB, Holz und Kunststoff im DGB, der Gewerkschaft der Eisenbahner Deutschlands im DGB und der Industrie-

91) von 1969, abgedr. bei Hernekamp aaO S.102; vgl. zu weiteren Einzelheiten der Streikordnung Apfel aaO S.66 f.

92) vom 1.1.1972, abgedr. bei Hernekamp aaO S.110

93) von 1972, abgedr. bei Hernekamp aaO S.105

Verfügung zu stellen haben.

Die gemeinsame Streikordnung der Christlich-Demokratischen Postgewerkschaft und des Deutschen Postverbands im Christlichen Gewerkschaftsbund⁸⁷⁾ erwähnt die Erhaltungsarbeiten in Ziff.8. Danach soll der Umfang der Arbeiten im Zweifel durch die beiden Gewerkschaftsvorstände bestimmt werden. Die Verweigerung solcher Arbeiten gilt als Schädigung gewerkschaftlicher Interessen.

Die Deutsche Postgewerkschaft im DGB hat in § 13 ihrer Satzung⁸⁸⁾ die Anordnung und Bezeichnung der Erhaltungsarbeiten dem Hauptvorstand vorbehalten.

Die Gewerkschaft Nahrung-Genuß-Gaststätten im DGB hat die Erhaltungsarbeiten in einem Katalog für die jeweiligen Wirtschaftsbereiche festgelegt⁸⁹⁾. Dieser Katalog ist vor Durchführung eines Streiks dem Arbeitgeber mitzuteilen und mit ihm eine Vereinbarung über die zu leistenden Arbeiten zu treffen. Gewerkschaftsmitglieder haben auf Anordnung der Streikleitung diese Arbeiten durchzuführen. Andernfalls verwirken ihre Ansprüche auf gewerkschaftliche Unterstützung.

Im Abschnitt H des Leitfadens für die Durchführung des Arbeitskampfes, der Bestandteil der Satzung⁹⁰⁾

86) vom 14.10.1963, abgedr. bei Hernekamp aaO S.85

87) in der Fassung vom Februar 1968, abgedr. bei Hernekamp aaO S.83

88) vom 8.10.1971, abgedr. bei Hernekamp aaO S.89

89) vgl. § 5 Ziff.3 der Richtlinien zur Führung von Arbeitskämpfen in der Fassung vom 17./19.2.1970, abgedr. bei Hernekamp aaO S.96 f.

90) vom 11.11.1970, abgedr. bei Hernekamp aaO S.101 f.

fen in mehr oder weniger detaillierter Form eine Regelung über die Erhaltungsarbeiten. Der Mangel an einschlägigen Vorschriften bei einigen Gewerkschaften ist vor allem auf die Eigenart der betreffenden Branchen zurückzuführen. In den Betrieben, für die diese Gewerkschaften zuständig sind, stellt sich die Frage der Erhaltungsarbeiten überhaupt nicht.

Den dargelegten Regelungen ist gemeinsam, daß die Notwendigkeit von Erhaltungsarbeiten anerkannt wird. Stets wird deren Durchführung als Aufgabe der Gewerkschaft angesehen. Die Mitglieder sind verpflichtet, sich daran zu beteiligen, wenn sie nicht die Arbeitskampfunterstützung verlieren wollen. Meist sollen auch die Gewerkschaften Art und Umfang bestimmen, z.B. sollen entsprechende Kataloge von der Streikleitung aufgestellt werden. Diese Bestimmung soll zum Teil auch im Einvernehmen zwischen Betriebs- und Streikleitung getroffen werden. Besonders hervorzuheben ist Ziff.3 der Arbeitskampfrichtlinien des Deutschen Gewerkschaftsbundes, wonach bei Aussperrung keine Erhaltungsarbeiten durchgeführt werden sollen.¹⁰²⁾

4.2. Satzungen und Richtlinien der Arbeitgeberverbände

In seinen Hinweisen für den Arbeitskampf¹⁰³⁾ befaßt sich der Arbeitsring der Arbeitgeberverbände der Deutschen Chemischen Industrie e.V. mit den Erhaltungsarbeiten. Danach gehören diese Arbeiten zu den wichtigsten und vordringlichsten betrieblichen Aufgaben vor einem drohenden Arbeitskampf. Besonderer Wert wird auch auf den Hinweis gegenüber Belegschaft, Betriebsrat und Gewerkschaft gelegt, daß es bei der Durchführung der Erhaltungsarbeiten nicht nur um Interessen des Unternehmens gehe, sondern vor allem auch um die Erhaltung und Sicherung der Arbeitsplätze

102) vgl. im Wortlaut oben S. 29

103) von 1971, abgedr. bei Hernekamp aaO S.82

gewerkschaft Bau - Steine - Erden im DGB werden zur⁹⁴⁾ Zeit neu gefaßt und sind daher noch nicht zugänglich. In den alten Fassungen der Satzungen⁹⁵⁾ fanden jedoch die Erhaltungsarbeiten keine Erwähnung.

Ebenfalls neu gefaßt wird augenblicklich die Satzung der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen im DGB. In der früheren Fassung der Anweisung der Gewerkschaft HBV zur Führung von Arbeitskämpfen⁹⁶⁾ sind Erhaltungsarbeiten in den Ziff. 7 und 8 erwähnt. Dabei betrifft Ziff.7 wohl lediglich die im öffentlichen Interesse stehende Notstandsversorgung. Ziff.8 bestimmt, daß der Hauptvorstand bei Durchführung eines Streiks eine Streikordnung erläßt, die auch Bestimmungen über die "Durchführung von Notstandsarbeiten" enthalten muß. Hier sind wohl die betrieblichen Erhaltungsarbeiten gemeint.

Nicht erwähnt ist die Frage der Erhaltungsarbeiten in den Satzungen der Industriegewerkschaft Druck und Papier im DGB⁹⁷⁾, den Richtlinien zur Führung von Arbeitskämpfen⁹⁸⁾ der Gewerkschaft Gartenbau, Land- und Forstwirtschaft im DGB und den Satzungen der Gewerkschaften Leder⁹⁹⁾, Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr im DGB¹⁰⁰⁾ und Erziehung und Wissenschaft im DGB¹⁰¹⁾.

Fast alle genannten Satzungen oder Richtlinien tref-

94) vgl. Hernekamp aaO S.80 Fußnote 53

95) Fassung vom 1.1.1969 zitiert bei Apfel aaO S.69 f.

97) vom 1.1.1972, abgedr. bei Hernekamp a.a.O. S.108

98) von 1968, abgedr. bei Hernekamp aaO S.93

99) vom 11.5.1972, abgedr. bei Hernekamp aaO S.94

100) vom 3.10.1970, abgedr. bei Hernekamp aaO S.97

101) in der Fassung vom 4.6.1971, abgedr. bei Hernekamp aaO S.91

gung der kommunalen Arbeitgeber¹⁰⁷⁾ gegeben. Neben den Notstandsarbeiten, die im öffentlichen Interesse stehen, werden "Arbeiten zur Erhaltung der Betriebsanlagen oder von Gütern" für notwendig erachtet. Die Ausführung der Arbeiten soll den Arbeitnehmern übertragen werden, die diese auch sonst bei normalem Produktionsbetrieb ausführen.

Auf Anfrage teilte die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände mit, daß sie selbst keine Arbeitskämpfrichtlinien aufgestellt habe. Vielmehr würden die von Gesamtmetall bzw. dem Arbeitsring der Arbeitgeberverbände Chemie erlassenen Vorschriften von sämtlichen regionalen und überregionalen Arbeitgeberverbänden angewandt, ohne daß hierbei eine Bindungswirkung bestünde.

Im Gegensatz zu den Gewerkschaften wollen die Arbeitgeberverbände den Kreis der Erhaltungsarbeiten weiter ziehen. Sie sollen auch Abwicklungsarbeiten und Tätigkeiten, die der Erhaltung des Kundenstamms dienen, mitumfassen. Eine ausdrückliche Regelung über Auswahl und Bestellung der Erhaltungsarbeiter fehlt. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, daß die Arbeitgeberverbände dies als Aufgabe der Betriebsleitung ansehen.

§ 5 Erhaltungsarbeiten in der Rechtsprechung

Es gibt nur wenige Entscheidungen, die sich mit den Erhaltungsarbeiten befassen. Das BAG hat sie im Zusammenhang mit der Lösungs- und Suspendierungstheorie erwähnt, jedoch nur in zwei obiter dicta. Im Be-

107) Es handelt sich hierbei um einen Entwurf aus dem Jahre 1973, abgedr. bei Hernekamp aaO S.113

für die Zeit nach dem Streik. Dabei werden folgende Definitionen getroffen:

* Unter Notdienstarbeiten sind solche Arbeiten zu verstehen, die aus Sicherheits- oder Erhaltungsgründen aus- oder weitergeführt werden müssen. Man unterscheidet:

- Arbeiten, die zur Abwendung einer Gemeingefahr nötig sind, die von Einrichtungen, Vorräten oder Fertigwaren des Betriebes ausgehen kann, wenn dieser völlig stillgelegt wird oder ohne Aufsicht bliebe;

- Erhaltungsarbeiten, um die spätere Wiederaufnahme der Betriebsarbeit sicherzustellen;

- Abwicklungsarbeiten, die noch geleistet werden müssen, um Verluste durch Verderben empfindlicher Rohstoffe und Fertigwaren zu verhüten oder die noch erledigt werden müssen, um dem Betrieb seinen Kundenstamm zu erhalten" (104) .

In den Hinweisen heißt es weiter, daß Notdienstarbeiten keinesfalls Arbeiten sein dürften, die eine lediglich verringerte Produktion gewährleisten sollen.

Nur solche Arbeiten sind zu Erhaltungsarbeiten zu erklären, die aus Sicherheits- und Erhaltungsgründen notwendig sind. Vor einem Mißbrauch wird ausdrücklich gewarnt.

Die Arbeitskampfrichtlinien des Gesamtverbands der metallindustriellen Arbeitgeberverbände e.V. - Gesamtmetall¹⁰⁵⁾ decken sich hinsichtlich der Erhaltungsarbeiten mit denen des Arbeitsrings der Arbeitgeberverbände Chemie¹⁰⁶⁾.

Eine weitere Definition ist unter A I 2 der Richtlinien für den Fall eines Arbeitskampfes der Vereini-

104) Diese Definition ist identisch mit der von Siebrecht aaO S.96

105) vom Dezember 1973, abgedr. bei Hernekamp aaO S.90

106) vgl. Hernekamp ebenda Fußnote 56

das Urteil des LAG Frankfurt vom 22.4.1969¹¹²⁾. Im Leitsatz 1 heißt es dort:

"Bei Arbeitskämpfen sind Arbeitgeber und Gewerkschaften verpflichtet, die Notarbeiten gemeinsam zu organisieren".

Die Mitwirkungspflicht der Gewerkschaften bestehe nicht nur bei Streiks, sondern auch bei Aussperrungen. Für den Fall, daß die Gewerkschaft dieser Pflicht einmal nicht nachkomme, differenziert jedoch das Gericht: bei einem Streik wäre dieser gänzlich rechtswidrig; bei einer Aussperrung führe diese Pflichtverletzung nicht zur Rechtswidrigkeit des gesamten Arbeitskmpfes, sondern nur zu einer Ersatzpflicht des konkreten durch die unterbliebenen Erhaltungsarbeiten entstandenen Schadens.

Wie schon das BAG¹¹³⁾ fordert auch das LAG Frankfurt die Institutionalisierung der Erhaltungsarbeiten durch Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung¹¹⁴⁾:

"Nach Ansicht des LAG müßte dabei jedem Betrieb die Verpflichtung auferlegt werden, Vorsorge für die Organisation der Notarbeiten im Falle eines drohenden Arbeitskmpfes zu treffen. Der Umfang der zu erbringenden Notarbeiten könnte von vornherein in einer Betriebsvereinbarung festgelegt werden. Ferner sollte die Bildung einer Spruchstelle vorbereitet werden, in die jede Seite eine bestimmte Anzahl von Beisitzern entsendet. ber die Person eines unparteiischen Vorsitzenden müßte man sich auch gleich eini-

112) abgedr. in ArbuR 1970,349 = DB 1970, 933 = SAE 1970, 185 (dort mit Tatbestand). Das LAG Frankfurt konnte nur zwei weit zurückliegende Entscheidungen für sein Urteil mit heranziehen: OLG Hamm aus dem Jahre 1925, JW 1925, 1186 und LAG Leipzig aus dem Jahre 1932, ARS 17 LAG 42

113) vgl. oben S.

114) zustimmend Herschel ArbuR 1970,352; vgl. auch Hoeniger RdA 1953, 205

schluß vom 28.1.1955¹⁰⁸⁾ wird festgestellt, daß die "beiderseits" gewollten Erhaltungsarbeiten nichts mit der kampfwisen Lösung der Arbeitsverhältnisse bei der Aussperrung zu tun hätten, denn die Arbeitnehmer, die diese Arbeiten ausführten, würden ja gerade nicht ausgesperrt.

Im Beschluß vom 21.4.1971¹⁰⁹⁾, in dem sich das BAG zur Suspendierungstheorie bekennt, heißt es, daß "das rechtliche Gebot Erhaltungsarbeiten auszuführen" nicht begründet werden könne, "wenn als Pflichten, nicht nur die normalen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis entfielen. Soweit Arbeitnehmer des Betriebes Erhaltungsarbeiten durchführen sollen, muß deren Arbeitsverhältnis bestehen bleiben. Es kommt also bei diesen Arbeitnehmern höchstens eine suspendierende Aussperrung in Betracht. Denn von mit lösender Wirkung ausgesperrten Arbeitnehmern können Erhaltungsarbeiten wegen des Abbruchs der arbeitsrechtlichen Beziehungen nicht verlangt werden"¹¹⁰⁾. Darüber hinaus werden die Tarifpartner aufgefordert¹¹¹⁾, gemeinsame Arbeitskampfregeln über die Austragung der Interessensgegensätze aufzustellen. Dies sei Recht und Pflicht der Tarifvertragsparteien als Ausfluß der Tarifautonomie. Diese Regeln sollten u.a. Bestimmungen darüber enthalten, wie die Erhaltungsmaßnahmen für bestreikte Betriebe zu gewährleisten seien.

Die einzige Entscheidung aus neuerer Zeit, die sich hauptsächlich mit den Erhaltungsarbeiten befaßt, ist

108) BAG 1,312

109) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf
Bl.309 S.1

110) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf
Bl.312 S.2. Darauf haben bereits früher hingewiesen: Promberger aaO S.99; Söllner DB 1969, 838; van Gelder-Böttner ArbUR 1970, 40

111) vgl. BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf
Bl.310 S.1

verfassungsmäßigen Aufgabenzuweisung ergebenden verantwortlichen Stellung der Gewerkschaften in unserem Arbeits- und Wirtschaftsleben und der besonderen verfassungsmäßigen Ordnungsfunktion, die der Arbeitskampf für die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen hat". Diese Verpflichtung gelte sowohl bei suspendierenden als auch bei lösenden Arbeitskämpfen.

Auch Steinert¹¹⁸⁾ meint, die Gewerkschaft sei, unabhängig vom einzelnen Arbeitnehmer, verpflichtet, die notwendigen Erhaltungsarbeiten vorzunehmen oder vornehmen zu lassen, wenn nicht der Streik rechtswidrig sein soll.

Siebrecht¹¹⁹⁾ hält die Gewerkschaft für schadensersatzpflichtig, die keine Arbeitnehmer zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten zur Verfügung stellt, wozu sie auf Grund ihrer Satzungsbestimmungen verpflichtet sei.

Nach Hanau-Adomeit¹²⁰⁾ muß die Gewerkschaft Arbeitnehmer durch mitgliedschaftsrechtliche Einwirkung für Erhaltungsarbeiten zur Verfügung stellen. Sie könne diese Pflicht auch erfüllen, indem sie den Notdienst selbst organisiere.

Hoeniger¹²¹⁾ meint unter Bezugnahme auf Grote¹²²⁾,

118) Notstands- und Streikarbeit bei Arbeitskämpfen, Düsseldorf 1968, S.40; ders. Ansicht sind: Bertele aaO S.122; Hoeniger RdA 1953, 206; Dietz JuS 1968, 8; Fabricius RdA 1962, 99; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, II/2 § 49 Fußnote 83; Nikisch, Arbeitsrecht 2. Band S.93; Tomandl aaO S.155; LAG Frankfurt ArbuR 1970, 351

119) aaO S.139

120) aaO S. 76 f.

121) RdA 1953, 205

122) Dort heißt es auf S.86 aaO: "Die Geschichte des Streiks beweist eindeutig, daß sich die Gewerkschaften ihrer Pflicht (zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten - Anm. des Verf.) ... nie entzogen haben".

gen. Angebracht wäre es, wenn in diese Spruchstelle von seiten der Arbeitnehmer einige Betriebsratsmitglieder entsandt werden würden, weilsich der Betriebsrat an keinem Arbeitskampf beteiligen darf (§ 49 Abs.2 S.2 BetrVG) (115) und außerdem auf der Arbeitnehmerseite die betrieblichen Verhältnisse am besten kennt" (116).

§ 6 Träger der Erhaltungsarbeiten

Die dargelegten Ansichten der Tarifpartner und der Rechtsprechung zu den Erhaltungsarbeiten lassen viele Fragen offen. Es soll daher im folgenden versucht werden, die strittigen Probleme einer dogmatisch einwandfreien Klärung zuzuführen.

Als erstes ist die Frage zu beantworten, wer Träger der Erhaltungsarbeiten ist oder anders ausgedrückt, wem die Pflicht zu ihrer Durchführung obliegt. Drei Möglichkeiten sind hier denkbar und werden in der Literatur vertreten.

- die Gewerkschaft
- Gewerkschaft und Arbeitgeber gemeinsam
- der Arbeitgeber .

6.1. Gewerkschaft

Für Hueck-Nipperdey¹¹⁷⁾ ergibt sich für die Gewerkschaft eine Verpflichtung für die Durchführung der betriebserhaltenden Arbeiten daraus, daß unter Umständen auch am Arbeitskampf beteiligte Arbeitnehmer zur Ausführung von Erhaltungsarbeiten verpflichtet sind. Diese Verpflichtung folge "aus der sich aus der

115) Die vom LAG Frankfurt zitierte Vorschrift entstammt dem BetrVG 1952. Ihr entspricht im BetrVG 1972 § 74 Abs.2 1.Halbs.

116) SAE 1970, 188

117) Arbeitsrecht II/2 § 47 B VI 3c

soll, abzulehnen. Wenn dies der Fall wäre, müßte eine kollektiv-rechtliche Verpflichtung der Gewerkschaft gegenüber dem Arbeitgeber zur Durchführung dieser Arbeiten bestehen. Kollektivrechtlich deshalb, weil die Tarifpartner nur auf diesem Gebiet vertragliche oder vertragsähnliche Beziehungen zueinander unterhalten können. Aus diesem Grunde ist die Ansicht von Hueck-Nipperdey und Steinert¹²⁶⁾, die einerseits den einzelnen Arbeitnehmer und andererseits aber auch die Gewerkschaft als verpflichtet ansehen, eine unzulässige Verquickung von Individual- und Kollektivrecht.

Aber auch die dem Kollektivrecht entspringenden Argumente vermögen nicht zu überzeugen.

Eine gewohnheitsrechtliche Übung der Gewerkschaften besteht entgegen Hoeniger¹²⁷⁾ nicht. Sie kann jedenfalls aus den Äußerungen von Autoren der Gewerkschaftsseite oder aus Gewerkschaftsrichtlinien nicht begründet werden. Die oben¹²⁸⁾ aufgezeigten Erkenntnisse von Apfel über die Durchführung von Arbeitskämpfen in der Vergangenheit sprechen eher für das Gegenteil, da in der Regel die Arbeitgeber die Erhaltungsarbeiten planen und organisierten.

Der Hinweis von Hueck-Nipperdey¹²⁹⁾ auf die "Ordnungsfunktion" des Arbeitskampfes ist begrifflich nicht haltbar. Die Ordnungsfunktion wird im Schrifttum auf den Tarifvertrag angewendet. Sie wird dabei definiert als "Sinn des Tarifvertrags, eine kollektiv-rechtliche Ordnung der Arbeitsbedingungen zu schaffen".¹³⁰⁾

126) vgl. oben S.39. Darauf weisen auch Apfel aaO S.134 und Leinemann DB 1971, 2314 hin.

127) vgl. oben S.39 f.

128) vgl. S.25 ff.

129) vgl. oben S.39

130) Brox-Rüthers aaO S.72; vgl. auch Nikisch, Arbeitsrecht 2.Band, S.437

daß eine gewohnheitsrechtliche Übung der Gewerkschaften bestehe, für die notwendigen Erhaltungsarbeiten zu sorgen.

Lauschke¹²³⁾ schließlich sieht als Träger der Erhaltungsarbeiten die den Arbeitskampf führende Partei an. Das sei bei einem Streik die Gewerkschaft, bei einer Aussperrung der einzelne Arbeitgeber oder der den Kampf führende Arbeitgeberverband. Die bekämpfte Partei treffe dabei die Obliegenheit, die Vornahme der Erhaltungsarbeiten zu dulden. In den Fällen, in denen Streik bzw. Aussperrung durch entsprechende Gegenmaßnahmen beantwortet werden, will Lauschke¹²⁴⁾ hinsichtlich der Verantwortlichkeit für die Erhaltungsarbeiten auf den betroffenen räumlichen oder zeitlichen Bereich abstellen. Dehnt der Angegriffene seine Abwehrmaßnahme über den bereits betroffenen Bereich hinaus aus, werde er Träger der Erhaltungsarbeiten bezüglich der so entstandenen "Escalation". Zur Begründung führt Lauschke aus, daß die Nichterbringung von Erhaltungsarbeiten unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo (§§ 242, 276 BGB) aufzufassen sei, da der Arbeitskampf eine besondere Art des Aushandelns von Vertragsbedingungen des neu abzuschließenden Tarifvertrags sei. Außerdem sei der Gesichtspunkt des "sozialen Kontakts" eine weitere nebenvertragliche Rechtsgrundlage für die Verpflichtung der Kollektivparteien auf Vornahme der Erhaltungsarbeiten. Als Schranke der Kampfführungsbefugnis sei das Gebot der Vornahme von Erhaltungsarbeiten die absolute "partielle Friedenspflicht" der Tarifvertragsparteien¹²⁵⁾.

Aus mehreren Gründen ist die Ansicht, daß die Gewerkschaft alleinige Trägerin der Erhaltungsarbeiten sein

123) DB 1970, 1176

124) DB 1970, 1178

125) a.A. Leinemann DB 1971, 2314

diese Satzungen als Anspruchsgrundlage ansieht, muß man zwangsläufig die Gewerkschaft als Trägerin der Erhaltungsarbeiten im Falle der Aussperrung ausschließen, da nach den Richtlinien des DGB¹³⁶⁾ bei Aussperrung keine Erhaltungsarbeiten geleistet werden sollen. Bei Aussperrung dürfte dann überhaupt kein Erhaltungsdienst bestehen..

Wenn Steinert und Siebrecht¹³⁷⁾ einen Streik dann für rechtswidrig halten, wenn die Gewerkschaft sich weigert, notwendige Erhaltungsarbeiten durchführen zu lassen, so verkennen sie dabei den Unterschied zwischen Tun und Unterlassen. Da - wie bereits dargelegt - die Gewerkschaften keine Pflicht zu Erhaltungsarbeiten trifft, kann deren Durchführung durch sie nicht Kriterium für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes sein. Rechtswidrig wäre erst ein Verhalten der Gewerkschaft, das Erhaltungsarbeiter an ihrer Tätigkeit hindert, so etwa durch Streikposten, die diese nicht in den Betrieb hineinlassen. In diesem Falle würden die Gewerkschaften aber aktiv handeln und damit in das Recht des Arbeitgebers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreifen, was sie nach § 823 Abs.1 BGB zum Schadensersatz verpflichten würde¹³⁸⁾. Ein bloßes Unterlassen würde diese Schadensersatzpflicht nicht auslösen.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die Gewerkschaft als Trägerin der Erhaltungsarbeiten auch praktischen Schwierigkeiten gegenübersteht. In unserer hochindustrialisierten und spezialisierten Wirtschaft fehlt ihr die erforderliche Kenntnis der Pro-

136) vgl. oben S. 29

137) vgl. oben S. 39

138) vgl. Heckelmann Aufsatz und eingehend unten S. 89 ff.

Während bereits im Tarifbereich der Ordnungsfunktion unterschiedliche Bedeutung beigemessen werden¹³¹⁾, ist dieser Begriff im Bereich des Arbeitskampfrechts nirgends näher bestimmt.

Die Gewerkschaft könnte nur dann eine Verpflichtung zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten treffen, wenn im Tarifvertrag eine entsprechende Regelung enthalten wäre¹³²⁾. Das ist jedoch bisher nicht geschehen.

Daher vermögen auch die von Lausche¹³³⁾ geprägten Gedanken der "partiellen Friedenspflicht" und des "sozialen Kontakts" nicht zu überzeugen. Die tarifliche Friedenspflicht bedeutet lediglich, daß während der Dauer des Tarifvertrags ein Kampfverbot für die Tarifvertragsparteien untereinander hinsichtlich des Vertragsinhalts besteht¹³⁴⁾. Eine wie auch immer gartete partielle Friedenspflicht ist daher nicht geeignet, als Grundlage für die Verpflichtung zu Erhaltungsarbeiten zu dienen, denn während eines Arbeitskampfes besteht gerade die Friedenspflicht nicht. Aus demselben Grunde kann der Gewerkschaft nicht culpa in contrahendo vorgeworfen werden, da sie bei einer Weigerung gegen keine vorvertraglichen Obhuts- oder Sorgfaltspflichten verstößt.

Daraus, daß die Gewerkschaften in ihren Satzungen die Pflicht zu Erhaltungsarbeiten niedergelegt haben¹³⁵⁾, kann ebenfalls kein Rechtsanspruch zu ihrer Durchführung hergeleitet werden, da diese Satzungen nur verbandsinternen Charakter haben und daraus keine Rechtsansprüche Dritter entstehen können. Selbst wenn man

131) vgl. Heckelmann Aufsatz

132) Dies wird vom LAG Frankfurt gefordert, vgl. oben S.37 f.

133) vgl. oben S. 40

134) vgl. Brox-Rüthers aaO S.72

135) vgl. oben S.28 ff.

herbeiführen.

Auch für die personelle Auswahl der Arbeitnehmer sei eine Einigung der Tarifparteien erforderlich, die zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber ausgehandelt und von den Tarifparteien gebilligt werden müsse.

Lauschke¹⁴⁶⁾ sieht die Gefahr für einen neuen Arbeitskampfgrund, wenn sich die Tarifparteien trotz bevorstehenden Arbeitskampfes nicht über die zu erbringenden Erhaltungsarbeiten einigen könnten. Dann könnte der Arbeitgeber bestreikt werden, damit er in den der Gewerkschaft akzeptablen Umfang der Erhaltungsarbeiten einwillige.

Bevor auf die Einigungsmöglichkeiten der Tarifpartner vor einem Arbeitskampf eingegangen wird, muß zunächst untersucht werden, ob eine Möglichkeit der Institutionalisierung der Organisation der Erhaltungsarbeiten, wie sie das LAG Frankfurt vorschlägt¹⁴⁷⁾, praktikabel ist. Dies könne - nach Ansicht des Gerichts - durch Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung geschehen. Daß eine entsprechende Regelung durch Tarifvertrag oder Gesetz rechtlich möglich ist, wird nicht bestritten¹⁴⁸⁾. Ob sie Erfolg verspricht, ist allerdings eine andere Frage. Gegen eine solche Institutionalisierung lassen sich mehrere Einwände vorbringen:

Ein Tarifvertrag auf Verbandsebene kann unmöglich alle Eventualitäten von Arbeitskämpfen in allen von dem Tarifvertrag betroffenen Betrieben voraussehen. Er könnte auch nicht Arbeitskämpfen von unterschiedlichem Umfang (z.B. Teilstreiks) Rechnung tragen.

146) DB 1970, 1180

147) vgl. SAE 1970, 188 und oben S. 37 f.

148) vgl. Lauschke DB 1970, 11; Leinemann DB 1971, 2315

duktionseinrichtungen und Betriebsabläufe um ins einzelne gehende Bestimmungen zu treffen¹³⁹⁾. Die Gewerkschaft hat nur auf ihre Mitglieder Einfluß und kann nur diese auf Grund von Satzungen oder Richtlinien zu Erhaltungsarbeiten anhalten¹⁴⁰⁾. Hinzu kommt der "Organisationspluralismus" der Gewerkschaften. In einem Betrieb können mehrere Gewerkschaften mit unterschiedlichen Ansichten über Art und Umfang der Erhaltungsarbeiten vertreten sein und sich so Unstimmigkeiten ergeben. Apfel¹⁴¹⁾ weist darauf hin, daß während eines Streiks auch nicht die Verkehrssicherungspflicht für die Betriebsanlagen und die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für die Einhaltung der Unfallverhütungsvorschriften auf die kampfführende Gewerkschaft übergehen.

2. Gewerkschaften und Arbeitgeber gemeinsam

In der bereits erwähnten Entscheidung des IAG Frankfurt vom 22.4.1969¹⁴²⁾ wird die Forderung aufgestellt, daß Arbeitgeber und Gewerkschaften gemeinsam zur Organisation der Erhaltungsarbeiten verpflichtet seien.

Diese Auffassung wird auch in der Literatur vertreten¹⁴³⁾. Brox-Rüthers¹⁴⁴⁾ führen hierzu aus, daß der Umfang der erforderlichen Erhaltungsarbeiten von den Kampfparteien gemeinsam festzustellen sei. Wenn sie sich nicht einigten, könne jede von ihnen nach § 2 Abs.1 Ziff.1 ArbGG eine richterliche Entscheidung¹⁴⁵⁾

139) vgl. Apfel aaO S.132

140) Die Anzahl der im DGB organisierten Arbeitnehmer belief sich zum 31.12.1973 auf 7.167.523 (vgl. AR - Blattei, Aktuelle Kurzberichte Nr.5524). Das entspricht einem Organisationsgrad von rund 30% (vgl. Apfel aaO S.133 Fußnote 60)

141) aaO S.133

142) ArbuR 1970,349; vgl. oben S.37 f.

143) vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch 2.Aufl.,S.297; Brox-Rüthers aaO S.147 u.230

144) aaO S.147

145) vgl. auch Penn SAE 1970,191 u.Herschel ArbuR 1970, 352

Arbeitnehmer keine verbandsrechtlichen Ansprüche gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern eines Betriebs. Würde ein Betriebsrat als Organ des Betriebsverbands eine Betriebsvereinbarung mit entsprechendem Inhalt abschließen, würde er sich zu einer unmöglichen Leistung verpflichten¹⁵⁰⁾.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, daß die Institutionalisierung der Erhaltungsarbeiten zwar rechtlich möglich aber kaum praktikabel ist, während bei der Betriebsvereinbarung das Gegenteil gilt: da sie auf die individuellen Gegebenheiten eines Betriebs abstellen kann, wäre sie zwar durchführbar, stößt aber auf rechtliche Schwierigkeiten, da sie nicht vermag, einzelne Arbeitnehmer zu Erhaltungsarbeiten zu verpflichten.

Die von der Rechtsprechung und Literatur vertretene "Einigungstheorie", d.h. Arbeitgeber und Gewerkschaften einigen sich von Fall zu Fall vor Beginn eines Arbeitskampfes über Organisation und Umfang der erforderlichen Erhaltungsarbeiten ohne daß tarifvertragliche Regelungen bestünden, ist sicher eine wünschenswerte Lösung. Sie versagt jedoch dann, wenn eine solche Einigung nicht erfolgt¹⁵¹⁾. Daß häufig keine Einigung entsteht, zeigen der Tatbestand der Entscheidung des LAG Frankfurt und die gewonnenen Erkenntnisse aus vergangenen Arbeitskämpfen¹⁵²⁾.

Gewerkschaften und Arbeitgeber können nur dann gemeinsam Träger der Erhaltungsarbeiten sein, wenn eine entsprechende Einigung erreicht wird. Kommt eine solche

150) vgl. Leinemann DB 1971, 2315

151) vgl. Herschel ArbUR 1970, 352 und Fenn SAE 1970, 191

152) vgl. SAE 1970, 185 f. und oben S. 27 mit Fußnote 80

Mehrere Tarifverträge von mehreren Gewerkschaften, die für denselben Betrieb zuständig sind, würden dann nebeneinander - zum Teil mit unterschiedlichen Bestimmungen - bestehen und zu Streitigkeiten führen.

Nur organisierte Arbeitnehmer sind durch Tarifverträge gebunden und können daher zu Erhaltungsarbeiten auf Grund tarifvertraglicher Bestimmung herangezogen werden. Das gilt nicht für nichtorganisierte am Arbeitskampf beteiligte Arbeitnehmer¹⁴⁹⁾.

Dieselben Bedenken sind in verstärktem Maße gegen eine gesetzliche Regelung der Erhaltungsarbeiten zu erheben. Zwar wären von einem Gesetz auch nichtorganisierte Arbeitnehmer mitbetroffen, jedoch wäre es wegen der notwendigen allgemein-abstrakten Formulierung im Einzelfall zur Bestimmung der Erhaltungsarbeiten kaum brauchbar.

Anderes gilt für eine Einigung in Form der Betriebsvereinbarung. Eine Betriebsvereinbarung wird nach § 77 Abs.2 S.1 BetrVG von Betriebsrat und Arbeitgeber beschlossen. Eine Gewerkschaft kann nicht Vertragspartner einer Betriebsvereinbarung sein. Wenn das LAG Frankfurt einerseits fordert, daß Erhaltungsarbeiten von Arbeitgeber und Gewerkschaft gemeinsam zu organisieren sind, kann es andererseits nicht eine Institutionalisierung durch Betriebsvereinbarung fordern; dann wären der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer - vertreten durch den Betriebsrat - Träger der Erhaltungsarbeiten.

Während bei einer tarifvertraglichen Regelung die Arbeitnehmer auf Grund ihrer satzungsmäßigen Verpflichtung gegenüber der Gewerkschaft Erhaltungsarbeiten durchzuführen hätten, gibt es für den Betriebsverband als betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenschluß der

149) vgl.eingehend zu diesem Problem unten S.52 ff.

ziert worden und von ihr wird aller Voraussicht nach auch in der Zukunft Gebrauch gemacht werden. Für diesen Fall gäbe es außer dem Arbeitgeber niemanden, der für die Durchführung von Erhaltungsarbeiten sorgen könnte.

Im übrigen gelten hier die bereits gegen die alleinige Trägerschaft der Gewerkschaften vorgebrachten Argumente¹⁶⁰⁾, nämlich mangelnde Einsicht in Betrieb und Produktionsabläufe sowie die satzungsmäßige Einflußmöglichkeit nur Mitgliedern gegenüber.

Diese Erkenntnis bedeutet jedoch nicht, daß der Arbeitgeber bei der Organisation der Erhaltungsarbeiten ohne jede Verständigung mit der Gewerkschaft handelt. Da organisierte Arbeitnehmer herangezogen werden, besteht ein Informationsrecht der Gewerkschaften über deren Auswahl und Bestellung. Sie unterstehen der kampf führenden Gewerkschaft und müssen von ihrer Arbeitskampfbeteiligung entbunden werden.

§ 7 Die Pflicht der Arbeitnehmer zu Erhaltungsarbeiten

7.1. Heranziehung von nicht am Arbeitskampf beteiligten Arbeitnehmern

Die Arbeitsverhältnisse nicht streikender oder nicht ausgesperrter Arbeitnehmer bleiben vom Arbeitskampf unberührt. Sie sind weiterhin zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung auf Grund des mit dem Arbeitgeber geschlossenen Arbeitsvertrags verpflichtet. Dennoch wird anerkannt, daß auch zwischen nichtstreikenden und streikenden Arbeitnehmern eine Solidarität besteht, die es den Arbeitswilligen verbietet, ihren im Arbeitskampf befindlichen Kollegen in den Rücken zu fallen. Es wird daher bei ihrer Arbeitsleistung während des Arbeitskampfes zwischen direkter und indirek-

160) vgl. oben S.40 ff.

Lösung nicht zustande, muß die Frage nach der Einigungstheorie offen bleiben.

Arbeitgeber

Nach richtiger Auffassung von Apfel¹⁵³⁾, Fenn¹⁵⁴⁾, Herschel¹⁵⁵⁾ und Schell¹⁵⁶⁾ ist für den Fall, daß keine Einigung zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeber erzielt wird, der Arbeitgeber alleiniger Träger der Erhaltungsarbeiten.

Der Arbeitgeber bezahlt den Erhaltungsarbeitern den vollen Lohn und sämtliche anderen Sozialleistungen wie beim normalen Arbeitsverhältnis außerhalb des Arbeitskampfes¹⁵⁷⁾. Wären die Gewerkschaften allein oder gemeinsam mit dem Arbeitgeber Träger der Erhaltungsarbeiten, müßte auch sie eine Lohnzahlungspflicht über die übliche Streikunterstützung hinaus treffen.

Gemäß ihren Satzungen verweigern die Gewerkschaften die Durchführung von Erhaltungsarbeiten bei Aussperrungen¹⁵⁸⁾. Mag auch die Aussperrung als Arbeitskampfmittel der Arbeitgeberseite in neuerer Zeit umstritten sein¹⁵⁹⁾, ist doch von der Rechtswirklichkeit und den vergangenen Arbeitskämpfen auszugehen: abgesehen vom Aussperrungsverbot der Hessischen Verfassung wird die Aussperrung vom BAG für rechtmäßig gehalten; sie ist bei Arbeitskämpfen in der Vergangenheit prakti-

153) aaO S.136

154) SAE 1970, 191

155) ArbuR 1970, 352

156) BB 1969, 1181; auch das LAG Frankfurt kommt trotz der von ihm geforderten Einigung zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft zu diesem Schluß, wenn "eine Gewerkschaft die Mitwirkung an echten Notarbeiten" verweigert. Dann obliege es "allein dem Arbeitgeber, die Notarbeiten zu organisieren.

157) vgl. oben S. 27

158) vgl. oben S. 29

159) vgl. hierzu oben S.18 ff.

direkter Streikarbeit wird aus der Treuepflicht begründet, die die Arbeitspflicht in solchen Notfällen erweitern soll. Der Begriff der Treuepflicht wird heute jedoch von mehreren Autoren in Frage gestellt.¹⁶⁵⁾ Leinemann¹⁶⁶⁾ verneint überhaupt die Möglichkeit, Arbeitswillige zu vertragsfremden Erhaltungsarbeiten heranzuziehen.

Selbst wenn man der Begründung aus der Treuepflicht nicht folgt, kann dennoch der Ansicht Leinemanns¹⁶⁷⁾ nicht zugestimmt werden. Die Forderung, daß die Durchführung vertragsfremder Erhaltungsarbeiten nur als ausdrücklich vereinbarte Nebenpflicht erfolgen könne, entspricht nicht den Gepflogenheiten des Arbeitslebens. Daß Arbeitnehmer in Notsituationen vertragsfremde Arbeiten zu übernehmen haben, ist anerkannt. Eine solche Notsituation kann auch durch Krankheits- oder Unglücksfälle im Betrieb entstehen. Dabei liegt die Durchführung dieser Arbeiten gerade im Interesse der Arbeitnehmerschaft des Betriebs. Der Solidari-
tätsgedanke, der gegen die Verrichtung direkter Streikarbeit durch Nichtstreikende spricht, greift bei den

165) Auf die Kritik am Begriff der Treuepflicht wird an anderer Stelle (vgl. unten S.60 ff.) näher eingegangen. Selbst ihre Gegner leugnen jedoch nicht das Bestehen der üblicherweise unter diesen Begriff subsumierten Pflichten (vgl. etwa Gamillscheg in Festschrift für Fechner, Tübingen 1973, S.139).

166) vgl. Leinemann DB 1971,2313: als Verpflichtungsgrund zur Heranziehung Arbeitswilliger zu vertragsfremden Erhaltungsarbeiten komme nur eine selbständige Nebenpflicht in Betracht, die ausdrücklich vereinbart sein müsse. Auch das Direktionsrecht des Arbeitgebers, die Solidarität zwischen Arbeitswilligen und Streikenden oder das Interesse der Arbeitnehmer an der Erhaltung ihres Betriebs seien nicht geeignet, eine solche Verpflichtung zu begründen.

167) vgl. Fußnote 166

ter Streikarbeit unterschieden.

"Unter indirekter Streikarbeit sind solche in den vertraglich festgelegten Aufgabenbereich fallende Arbeiten der Arbeitswilligen zu verstehen, die sich an Vorarbeiten anschließen, die üblicherweise von den im Streik befindlichen Arbeitnehmern verrichtet werden" (161) .

Diese indirekte Streikarbeit darf nicht verweigert werden, da sie im Rahmen des üblichen Arbeitsverhältnisses bleibt. Nichtstreikende Arbeitnehmer können daher ohne weiteres zu Erhaltungsarbeiten herangezogen werden, wenn die betreffende Tätigkeit auch in Friedenszeiten üblicherweise von ihnen ausgeübt wird.

"Direkte Streikarbeit liegt dann vor, wenn in einem bestreikten Betrieb ein nicht streikender Arbeitnehmer außerhalb seines vertraglich festgelegten Aufgabenbereichs zu Arbeiten herangezogen werden soll, die sonst streikende Arbeitnehmer verrichtet haben" (162) .

Zur Leistung von direkter Streikarbeit ist der Nichtstreikende im allgemeinen nicht verpflichtet¹⁶³⁾. Etwas anderes soll jedoch gelten, wenn die Gefahr einer Vernichtung oder unverhältnismäßig großen Schädigung des Betriebs drohe. Das ist der Fall, wenn notwendige Erhaltungsarbeiten nicht durchgeführt werden. Nach der überwiegenden Meinung¹⁶⁴⁾ sind arbeitswillige Arbeitnehmer zur Durchführung vertragsfremder Erhaltungsarbeiten verpflichtet.

Die Heranziehung der Arbeitnehmer zu vertragsfremder,

161) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/2 § 47 B VI 3c

162) Hueck-Nipperdey ebenda

163) vgl. RAG ARS 7,573 und ARS 14,233; BAG vom 10.11.1955, abgedr. in DB 1956,114; BAG vom 25.7.1957, abgedr. in SAE 1957, 181

164) vgl. Apfel aaO S.158; Brox-Rüthers aaO S.231; Hanau-Adomeit aaO S.85; Heckelmann Aufsatz; Siebrecht aaO S.97 mit Hinweis auf LAG Leipzig vom 18.8.1932 - Werkmeisterurteil - abgedr. in ARS 17,42 mit Anm.von Hueck; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht 5.Aufl., S.137; Schell BB 1969,1181; Steinert aaO S.108

Ramm¹⁷¹⁾, Richardi¹⁷²⁾ und Wiedemann¹⁷³⁾ wehren sich gegen die "Zwangssolidarisierung der Arbeitnehmer" durch das BAG als Anerkennung eines dem Arbeitsrecht fremden Klassengedankens. Sie erkennen zwar das Recht der Außenseiter an, sich einem gewerkschaftlichen, auf einen neuen Tarifanschluß zielenden Streik anzuschließen, da der Organisationsstatus der streikenden Arbeitnehmer im Streikrecht keine Rolle spiele und alle Belegschaftsmitglieder sich ohne vorangehende Kündigung daran beteiligen dürften, verweigern aber dem Arbeitgeber das Recht, nichtorganisierte, arbeitswillige Arbeitnehmer durch Aussperrung in das Kampfgeschehen einzubeziehen.

Dagegen halten van Gelder und Leinemann¹⁷⁴⁾ die Streikbeteiligung und die Aussperrung eines nicht organisierten Arbeitnehmers für rechtswidrig. Sein Arbeitsverhältnis soll nach ihrer Ansicht während des Arbeitskampfes unverändert weiterbestehen. Der für organisierte Arbeitnehmer bestehende Rechtfertigungsgrund des kollektiv erstrebten Abschlusses eines Tarifvertrags bestehe für ihn nicht, da die Wirkungen des Tarifvertrags in seinem Arbeitsverhältnis nicht eintreten könnten. Die Annahme, daß Nichtorganisierte regelmäßig die Vorteile eines neuen Tarifabschlusses genießen, sei unzutreffend, da eine Erhöhung der Löhne nichtorganisierter Arbeitnehmer nach einem Arbeitskampf durch individuelle Veränderung der Arbeitsverträge und nicht als Wirkung des Tarifvertrages erfolge.

171) RdA 1968, 416

172) RdA 1970, 70 und RdA 1971, 338

173) RdA 1969, 325 f.

174) vgl. van Gelder-Leinemann ArbuR 1970, 1;
dies. BlStSozArbR 1970, 253; Leinemann DB
1971, 2312

Erhaltungsarbeiten nicht durch, denn diese werden ja nicht nur im Interesse des Arbeitgebers, sondern auch der Arbeitnehmer durchgeführt, die nach Beendigung des Arbeitskampfes wieder an ihre Arbeitsplätze zurückkehren und weiterarbeiten wollen.

7.2. Heranziehung von nichtorganisierten am Arbeitskampf beteiligten Arbeitnehmern

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG¹⁶⁸⁾ können sich auch die nichtorganisierten Arbeitnehmer an einem von der Gewerkschaft getragenen Streik beteiligen; dementsprechend dürfen sie auch ausgesperrt werden. Auch in seinem Beschluß vom 21.4.1971¹⁶⁹⁾ hält das BAG an dieser Ansicht fest:

"Die soziale Wirklichkeit des Kampfgeschehens kann nicht ohne rechtliche Folgen bleiben. Wenn durchweg auch nicht- und andersorganisierte Arbeitnehmer streiken und damit den gewerkschaftlichen Kampfaufruf unterstützen, so tragen sie das Risiko des Arbeitskampfes mit. Weiterhin genießen sie regelmäßig auch die Vorteile eines neuen Tarifabschlusses. Der Arbeitgeber kann die Arbeitnehmerschaft als Einheit sehen und werten. Das gilt auch, wenn die Arbeitgeberseite den Arbeitskampf eröffnet".

Diese Rechtsprechung hat in der Literatur teilweise Zustimmung gefunden¹⁷⁰⁾. Mit unterschiedlichen Begründungen ist sie jedoch auch auf Ablehnung gestoßen.

168) vgl. BAG 1,307 = AP Nr.1 zu Art.9 GG - Arbeitskampf; BAG AP Nr.6 zu Art.9 GG - Arbeitskampf; BAG 14,56 = AP Nr.24 zu Art.9 GG - Arbeitskampf; BAG 20,195 = AP Nr.13 zu Art.9 GG - Arbeitskampf

169) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf Bl.311 S.1

170) vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/2 § 47 B VI Fußnote 431; Hanau-Adomeit aaO S.73; Söllner aaO S.95 Fußnote 3; Promberger aaO S.73 f.

nicht zu billigen Löhnen Arbeitnehmer finden, als auch in dem der Gewerkschaft, damit ihre Mitglieder nicht von Außenseitern unterboten und aus ihren Stellungen verdrängt werden¹⁷⁷⁾. Dies geschieht entweder durch Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags (§ 5 Abs.1 TVG) oder durch eine sogenannte Außenseiterklausel. Die tarifliche Regelung bestimmt heute weithin den Inhalt der Arbeitsverhältnisse der nichtorganisierten Arbeitnehmer¹⁷⁸⁾.

Der Ansicht, daß nichtorganisierte Arbeitnehmer nicht streiken bzw. nicht ausgesperrt werden können, kann daher nicht zugestimmt werden, da sie dem Arbeitskampfgeschehen nicht gerecht wird. Aus diesem Grunde ist auch Krafts Forderung nach einem "offenen" Arbeitsvertrag der Außenseiter als Rechtfertigung ihrer Arbeitskampfmaßnahmen überflüssig, da ohnehin in den meisten Fällen die Tarifbedingungen ihren Individualarbeitsvertrag bestimmen werden.

Wenn nun die Streikteilnahme und die Aussperrung Nichtorganisierter für zulässig erachtet wird, sind diese Arbeitnehmer hinsichtlich der Erhaltungsarbeiten wie Organisierte zu behandeln. Die folgenden Überlegungen treffen daher auch auf sie zu.

7.3. Anspruchsgrundlagen für die Heranziehung von organisierten Arbeitnehmern zu Erhaltungsarbeiten

7.3.1. Gewohnheitsrecht

Für Hoeniger¹⁷⁹⁾ scheint es "feststehendes Gewohnheitsrecht zu sein, daß die in den Streik Tretenden die Produktionseinrichtungen vor Verfall zu schützen haben". Obgleich unklar bleibt, ob Hoeniger

177) vgl. Hueck-Nipperdey, Tarifvertragsgesetz 4.Aufl., § 1 Rdnr. 132

178) vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, 1.Band, S.497

179) RdA 1953, 206

Kraft¹⁷⁵⁾ fordert als Voraussetzung dafür, daß die streikweise Arbeitsniederlegung Nichtorganisierter rechtmäßig sein soll, daß der Arbeitsvertrag der Außenseiter bereits zur Zeit des Kampfbeginns "offen", d.h. auf Ausfüllung und Sicherung durch die Normen des abgestreikten Tarifvertrags angelegt sein müsse. Das sei dann der Fall, wenn der Arbeitsvertrag auf die jeweils geltenden Bestimmungen des Tarifvertrags Bezug nehme oder entsprechende betriebliche Übung oder betriebliches Gewohnheitsrecht bestehe.

Trotz der geäußerten Bedenken ist der Ansicht des BAG zu folgen. Die Argumente, die gegen eine kampfmäßige Einbeziehung arbeitswilliger Nichtorganisierter durch den Arbeitgeber geäußert werden, vermögen nicht zu überzeugen. Wenn man das Streikrecht Nichtorganisierter anerkennt, gibt man diesen Arbeitnehmern ein zusätzliches Kampfmittel gegenüber dem Arbeitgeber an die Hand. Er kann im Falle eines Streiks nicht damit rechnen, daß die Nichtorganisierten sich nicht an dem von der Gewerkschaft ausgerufenen Streik beteiligen. Wenn sie sich dem Streik anschließen - und das geschieht in den meisten Fällen -, muß auch die Aussperrung ihnen gegenüber zulässig sein.

Es ist zwar richtig, daß Tarifverträge unmittelbar nur zwischen den Tarifgebundenen gelten (§ 3 Abs.1 TVG) dabei muß jedoch berücksichtigt werden, daß die organisierten Arbeitnehmer im Durchschnitt gegenüber den Nichtorganisierten in der Minderheit sind. Daher erhalten sie auch oft Streikunterstützung von der streikführenden Gewerkschaft¹⁷⁶⁾, da diese sich die Streikbereitschaft der Nichtorganisierten sichern will. Die Einbeziehung der Tarifbedingungen in die Arbeitsverträge von Außenseitern liegt sowohl im Interesse der Arbeitgeberseite, damit Konkurrenten

175) vgl. RdA 1968, 436

176) vgl. Tomandl aaO S.45

Eine Verpflichtung auf Grund Gewohnheitsrechts wäre außerdem zu unbestimmt, um dem einzelnen Arbeitnehmer als Anhaltspunkt dafür zu dienen, ob er Erhaltungsarbeiten durchzuführen und in welchem Umfang das zu geschehen hat. Bei der Vielzahl von möglichen Erhaltungsarbeiten, die in verschiedenen Betrieben durchgeführt werden müssen, ist es unmöglich, daraus konkrete Pflichten für einzelne Arbeitnehmer herzuleiten.

Der ein Gewohnheitsrecht begründende Rechtsgeltungswille kann erst nach einer stetigen und dauernden Übung zur Entstehung gelangen¹⁸³⁾. Wenn in einem Betrieb noch kein Arbeitskampf stattgefunden hat, kann kein Arbeitnehmer gewohnheitsrechtlich verpflichtet werden, denn seine Auswahl erfolgt zum ersten Mal. Apfel¹⁸⁴⁾ weist darauf hin, daß in den letzten Jahrzehnten in den jeweiligen Betrieben in der Regel ein, höchstens zwei oder vereinzelt drei Arbeitskämpfe stattgefunden haben. Damit wird klar, daß selbst dann, wenn ein Betrieb schon vom Arbeitskampf betroffen wurde, von einer stetigen und dauernden Übung nicht gesprochen werden kann.

Wenn ein allgemeines Gewohnheitsrecht nicht als Anspruchsgrundlage dienen kann, bleibt noch die Möglichkeit eines betrieblichen Gewohnheitsrechts. in Rechtsprechung¹⁸⁵⁾ und Lehre¹⁸⁶⁾ wird der betrieblichen Übung

183) vgl. Enneccerus-Lehmann aaO § 39 I

184) aaO S.150

185) BAG AP Nr.5 zu § 242 BGB - Betriebliche Übung: "Einer im Betrieb bestehenden Übung wohnt weder als sogenannte konkrete Ordnung des Betriebes eine normative Kraft inne, noch stellt sie ein betriebliches Gewohnheitsrecht dar, das seine Wirkung aus eigener Kraft begründet. Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung beruht auf der Möglichkeit, ihren Inhalt zur Grundlage einer ausdrücklichen oder stillschweigenden vertraglichen Vereinbarung zu machen oder sie als Konkretisierung der Treue- und Fürsorgepflicht zur Vertragsauslegung und Vertragsergänzung heranzuziehen".

186)

hier tatsächlich einen Anspruch gegen einzelne Arbeitnehmer begründen oder ob er nur eine kollektivrechtliche Pflicht statuieren wollte¹⁸⁰⁾, erscheint es angebracht, das Gewohnheitsrecht als Anspruchsgrundlage zu untersuchen.

Das Gewohnheitsrecht ist neben dem gesetzten Recht als Rechtsquelle anerkannt. Es greift ein, wenn ein bestimmtes Verhalten von der Gemeinschaft lange Zeit hindurch gleichmäßig und allgemein ausgeübt wird, und wenn diese Übung in der Überzeugung geschieht, zwingendes Recht durchzusetzen oder ihm zu gehorchen. Voraussetzung für das Bestehen eines Gewohnheitsrechts ist also ein allgemeiner Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft. Es muß der Wille vorhanden sein, eine bindende Regel zu verwirklichen, indem man sie durchsetzt oder ihr gehorcht. Es genügt der Wille, sich einem rechtlichen Grundsatz zu unterwerfen oder das Bewußtsein einer Verkehrspflicht¹⁸¹⁾.

Ein solcher Rechtsgeltungswille fehlte bisher bei der Durchführung der Erhaltungsarbeiten. Zwar wurden sie "gewohnheitsmäßig" durchgeführt; die Art, wie das zu geschehen hatte, war und ist aber umstritten¹⁸²⁾.

Die Arbeiten wurden von Angehörigen der streikenden oder ausgesperrten Belegschaft ausgeführt. Es kann aber nicht die Rede davon sein, daß Einigkeit über die Rechtsgrundlage ihrer Tätigkeit bestand.

180) vgl. hierzu oben S. 39 f. ; Hoeniger hat auf Grund gewohnheitsrechtlicher Übung die Gewerkschaften als Träger der Erhaltungsarbeiten angesehen.

181) vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band 1. Halbb. 15. Aufl., § 38 I und § 39 I .

182) vgl. hierzu die unterschiedlichen Aussagen der Tarifpartner oben S. 28 ff.

gründen. In dem System der wechselseitigen kollektiven Verpflichtungen sei kein Raum für Inanspruchnahme einzelner Kampfeteiligter aus individualrechtlichen Beziehungen.

Unberücksichtigt bleibt bei dieser Darstellung die Tatsache, daß auch beim Streik der Arbeitgeber den Erhaltungsarbeitern den vollen Lohn zahlt und nicht etwa die Gewerkschaft¹⁸⁹⁾. Aus der satzungsmäßigen Verpflichtung des organisierten Arbeitnehmers gegenüber seiner Gewerkschaft kann der Arbeitgeber als Dritter keine Rechte herleiten. Er kann danach weder von der Gewerkschaft noch von den ihr angehörigen Arbeitnehmern die Durchführung von Erhaltungsarbeiten fordern. Die in den Gewerkschaftssatzungen geregelten Rechte und Pflichten sind nur auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränkt. Die Bestimmungen über die Einleitung und Durchführung von Arbeitskämpfen begründen lediglich Pflichten im Verhältnis der Gewerkschaft zu ihren Mitgliedern und umgekehrt. Die Verletzung der in der Satzung festgelegten Regeln hätte nur verbandsinterne Folgen¹⁹⁰⁾.

Widersprüchlich ist Lauschkes Begründung für die Erhaltungspflicht bei der Aussperrung. Während beim Streik noch eine Verpflichtung aus der Satzung zumindest gegenüber der Gewerkschaft besteht, ist eine solche bei der Aussperrung gegenüber dem Arbeitgeber nicht vorhanden. Wenn die Erhaltungsarbeiter hier Erfüllungsgehilfen des Arbeitgebers gemäß § 278 BGB sein sollen, so müßte er sich ihrer zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedienen. § 278 BGB verlangt hierfür ein bestehendes Schuldverhältnis¹⁹¹⁾. Ein

189) vgl. oben S. 27

190) vgl. Nikisch, Arbeitsrecht 2. Band S. 90 m.w.N. in Fußnote 43

191) vgl. Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch 34. Aufl., § 278 Anm. 1

jedoch Gewohnheitsrechtscharakter aberkannt. Der betrieblichen Übung kann nicht wie einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung eine unmittelbare normative Wirkung auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse beigelegt werden.

Eine Verpflichtung der Arbeitnehmer aus allgemeinem oder betrieblichem Gewohnheitsrecht (betriebliche Übung) kann somit nicht begründet werden.

7.3.2. Erhaltungsarbeiter als Erfüllungsgehilfen der Gewerkschaften bzw. der Arbeitgeber

Lauschke¹⁸⁷⁾ sieht den Erhaltungsarbeiter "im System der Verbandspflichten und -rechte als Erfüllungsgehilfen der kampfführenden Partei im Sinne des § 278 BGB". Im Streikfalle leiste er mit der Durchführung der erforderlichen Arbeiten einen Beitrag an seine Organisation (Gewerkschaft). Die Erhaltungsarbeiter seien im "Falle der Aussperrung Gehilfen des Arbeitgebers im Sinne des § 278 BGB bei der Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber der Gewerkschaft, die Arbeitsplätze intakt zu halten und somit ein sinnvolles Kampfende zu ermöglichen"¹⁸⁸⁾.

Lauschke will nur aus dem kollektiven Arbeitskampfrecht eine Verpflichtung zu Erhaltungsarbeiten be-

186) vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I/1 § 28 I FuBn.3; A. Hueck, Die rechtliche Bedeutung der betrieblichen Übung in Festschr. für Lehmann, Berlin, Tübingen, Frankfurt/M. 1956, Band II S.633; a.A. Denecke DAR 1940,141; ders.Anm.zu BAG AP nr.2 zu § 242 BGB - Betriebliche Übung

187) D3 1970, 1177

188) Lauschke DB 1970,1178; diese Ansicht von Lauschke steht im Einklang mit seinen oben auf S. dargelegten Ausführungen, wonach Träger der Erhaltungsarbeiten die jeweils kampfführende Partei sein soll; a.A. Schell BB 1969, 1180; Steinert aaO S.51

Der Begriff der Treuepflicht wurde von Otto von Gierke geprägt. Ursprünglich hatten die BGB-Gesetzgeber das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis konzipiert. Gierke sah darin eine einseitige Ausrichtung auf das römische Recht, das den Arbeitnehmer als Sache im Eigentum des dominus betrachtete, mit der dieser nach Belieben verfahren konnte. Auf seine Kritik hin wurden die §§ 617-619 als Ausdruck des "Tropfen sozialen Öls" in das BGB mit aufgenommen. Um diese Entwicklung noch zu verstärken, schuf Gierke den Treuebegriff, wobei er auf das alte Gesinderecht und auf den Treudienstvertrag mit seinen das bloße Vermögensrecht übergreifenden personalen Pflichten zur Treue und Fürsorge zurückgriff¹⁹⁵⁾.

Ob dieser Gedanke in der heutigen Arbeitswelt noch zeitgemäß ist, wird mit Recht bezweifelt. Es wird die Meinung vertreten¹⁹⁶⁾, eine gegenseitige Treue- und Fürsorgepflicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber existiere gar nicht. Die Treuepflicht sei weder geeignet, die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers auszugestalten, da dies wegen der mangelnden Vorhersehbarkeit aller künftigen Umstände juristisch unmöglich sei, noch könne sie für über die Arbeitspflicht hinausgehende Pflichten Anwendung finden, da dies eine persönliche Gebundenheit des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber zur Folge hätte.

Meist richtet sich die Kritik jedoch gegen die Begründung der Treuepflicht aus dem Gedanken des Arbeitsvertrags als personenrechtlichen Gemeinschafts-

195) vgl. Hanau-Adomeit aaO S.126; vgl. zur Treuepflicht im allgemeinen A.Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947

196) vgl. Wolf DB 1971, 1863

solches besteht aber nicht. Eine Verpflichtung zur Erhaltung der Arbeitsplätze gegenüber der Gewerkschaft entbehrt jeder Begründung. Auch das Interesse des Arbeitgebers an der Erhaltung seiner Betriebs- und Produktionseinrichtungen hilft nicht weiter. Er kann schließlich nicht daran gehindert werden, seinen Produktionsapparat unbrauchbar werden zu lassen¹⁹²⁾.

In Ermangelung eines konkreten Schuldverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaften können Erhaltungsarbeiter daher nicht Erfüllungsgehilfen der einen oder anderen Seite sein.

7.3.3. Treuepflicht

Die überwiegende Meinung in der Literatur stützt die Verpflichtung zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten auf die trotz Arbeitskampfs weiterbestehende arbeitsvertragliche Treuepflicht¹⁹³⁾.

Sie wird definiert als

"sozialethische und sozialrechtliche Notwendigkeit aus der Eigenart des Arbeitsverhältnisses als personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses. Damit geht sie über rein vermögensrechtlich-schuldrechtliche Pflichten und die für jene maßgebliche Richtschnur von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ethisch und rechtlich weit hinaus und durchdringt alle Pflichten sowohl des Arbeitnehmers als auch des Arbeitgebers. Sie tritt außerdem als eigene Pflicht bei und neben der Arbeitsleistung in der Notwendigkeit eines bestimmten persönlichen Verhältnisses der beiden Partner des Arbeitsverhältnisses zueinander in Erscheinung". (194)

192) vgl. Steinert aaO S.65

193) vgl. Bertele aaO S.112 f.; Brox-Rüthers aaO S.231; Bulla aaO S.189; Dietz JuS 1968,8; Fabricius RdA 1962,100; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/2 § 47 B VI 3c; Schell BB 1969,1180; Söllner aaO S.96; Steinert aaO S.42; Tomandl aaO S.391

194) so die Definition von Kaskel-Dersch aaO S.147 f.

ersetzt durch die Anteilseigner und Vorstandsmitglieder¹⁹⁸⁾. Das personenrechtliche Band zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht in den meisten Fällen nicht.

Die Kritiker des Gemeinschaftsbegriffs erkennen aber die Pflichten, die gemeinhin unter den Begriff der Treue- und Fürsorgepflichten subsumiert werden, an. Sie versuchen, diese nicht als Ausfluß eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses zu sehen, sondern sie auf andere Weise zu begründen.

So möchte Farthmann¹⁹⁹⁾ das Bestehen von Treue- und Fürsorgepflichten nicht leugnen; für ihre Begründung sei aber ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis nicht erforderlich. Grundlage hierfür sei vielmehr, "daß sich der Arbeitnehmer mit seiner Persönlichkeit in den Dienst des Arbeitgebers stellt, und daß demgemäß die Person des Arbeitnehmers in einem Teil ihrer Persönlichkeitsentfaltung von dem Arbeitsverhältnis erfaßt wird".

Gamillscheg²⁰⁰⁾ meint, die Treuepflicht sei als Verpflichtung dem Arbeitgeber gegenüber falsch definiert. Ihre einzelnen Ausformungen sollten nicht, wie Hueck-Nipperdey²⁰¹⁾ das sehen, "das Interesse des Arbeitgebers in jeder Weise wahrnehmen", sondern als "betriebsbezogene Pflichten" den gemeinsamen Interessen der Belegschaft dienen, die natürlich auch die Interessen des Arbeitgebers seien. "Die soziologische Gemeinschaft, die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer insoweit für viele Fälle zu Recht verneint wird, besteht zwischen den Arbeitnehmern des Betriebs und

198) vgl. Farthmann RdA 1960,6; Hanau-Adomeit aaO S.126

199) RdA 1960,6 f.; ders. JuS 1964, 143

200) aaO S.138 f.; a.A. Pfarr-Kittner RdA 1974, 294

201) zitiert bei Gamillscheg aaO S.138

verhältnisses¹⁹⁷⁾. Dieses Verhältnis setzt das Bestehen einer engen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber voraus (z.B. Aufnahme in die engere häusliche Gemeinschaft auf einem Landgut, in einem kleineren Handwerksbetrieb u.ä.), die heute kaum mehr besteht. Die überwiegende Zahl der Arbeitnehmer ist in Großbetrieben mit mehr als 1000 Beschäftigten tätig. Viele von ihnen bekommen ihren Arbeitgeber selten oder gar nicht zu Gesicht. Bei Personen- und Kapitalgesellschaften gibt es auch nicht mehr den Arbeitgeber im herkömmlichen Sinn. Seine Position wird

197) Zur Kritik vgl. etwa Blomeyer ZfA 1972, 96 f.; zur grundsätzlichen Problematik vgl. Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966, S.25 ff. m.w.N. in Fußnote 30; vgl. zum Streit zwischen Eingliederungs- und Vertragstheorie Mavridis, RdA 1956,446: Er geht davon aus, daß das ganze Arbeitsrecht als ein Recht zum Schutze des Arbeitnehmers entstanden ist und diese Ziele auch heute noch verfolgt. Das Arbeitsrecht beruhe daher auf der Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer und nicht auf der Begründung eines Gemeinschaftsverhältnisses. Bei jeder Tatsachensubsumtion unter die geschriebenen oder durch Rechtsfindung herauszuarbeitenden Normen des Arbeitsrechts müsse man sich vor Augen halten, daß der Gesetzgeber den Schutz des Arbeitnehmers beabsichtigt habe. Das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer führe nie zu einer Gemeinschaft. Das Arbeitsverhältnis entstehe wie alle Schuldverhältnisse durch den Arbeitsvertrag. Schwerdtner, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1970, S.69, spricht vom arbeitsvertraglichen Gemeinschaftsverhältnis als "gut verpaßte Ideologie". Für das Arbeitsrecht bedeute das Gemeinschaftsdenken "die Unterordnung der Interessen und Rechte der Arbeitnehmer unter ein Gemeinschaftsinteresse, das in der Regel von denen bestimmt wird, die die Macht im Betriebe ausüben, gleichgültig ob es kapitalistische oder sozialistische Machthaber sind". (Neumann, zitiert bei Schwerdtner aaO S.70 mit Fußnote 293).

Treuepflicht subsumierten Pflichten wie Wettbewerbs- und Konkurrenzverbot, Verbot der Annahme von Schmiergeldern, kein Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen als nebenvertragliche oder nachvertragliche Pflichten des Arbeitsvertrags definieren.

Dasselbe gilt aber nicht für die Erhaltungsarbeiten. Es wurde dargelegt, daß die Erhaltungsarbeiter im Arbeitskampf ihre vertragliche Hauptpflicht - die vertraglich festgelegte Arbeitspflicht - erfüllen und die Arbeitgeber ihrerseits dasselbe tun: sie entrichten den ebenfalls vertraglich festgelegten Lohn für die Arbeit. Bei ihrer Tätigkeit erfüllen die Erhaltungsarbeiter keine neben-, vor- oder nachvertragliche Pflicht. Sie können dazu auch nicht auf Grund der Treuepflicht oder anderer außervertraglicher Pflichten herangezogen werden, da diese nicht die eigentliche Hauptpflicht begründen können. Es muß daher untersucht werden, ob die Erhaltungsarbeiter nicht auf Grund ihres Einzelarbeitsvertrags mit dem Arbeitgeber im Arbeitskampf tätig werden.

7.3.4. Einzelarbeitsvertrag

Bei dem Versuch, die Pflicht zu Erhaltungsarbeiten aus dem Arbeitsvertrag herzuleiten, stößt man auf die Schwierigkeit, daß dieser während des Arbeitskampfes nicht in vollem Umfang bzw. gar nicht besteht. Er kann suspendiert oder völlig gelöst sein²⁰⁵⁾.

In beiden Fällen bestehen weder Arbeits- noch Lohnzahlungspflicht; eine Heranziehung der Arbeitnehmer auf Grund des Arbeitsvertrags erscheint zunächst widersinnig. Dennoch ist der Arbeitsvertrag der einzig mögliche Verpflichtungsgrund für die Arbeitsleistung der Erhaltungsarbeiter²⁰⁶⁾, was im folgenden darzu-

205) vgl. die Ausführungen im I. Teil dieser Arbeit

206) vgl. Apfel aaO S.168 ff.; Heckelmann Aufsatz; Fenn SAE 1970,192; a.A. Leinemann DB 1971, 2309

wird in vielen der unter die Treuepflicht gezogenen Fällen auch zu einer rechtlichen Kategorie".

Richardi²⁰²⁾ und Hanau-Adomeit²⁰³⁾ fordern eine Rückführung der typischen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zur Zivilrechtsdogmatik. Die Neubildung von Begriffen, die im Arbeitsrecht zum verstärkten Schutze der Arbeitnehmer geprägt wurden, seien heute überflüssig, da ihre Aussagen bereits Eingang in das Zivilrecht gefunden hätten. In der Tat werden heute unter Berufung auf den in § 242 BGB niedergelegten Grundsatz von Treu und Glauben Pflichten der Vertragsparteien anerkannt, die über den ursprünglichen Charakter des Schuldverhältnisses als reines Austauschverhältnis weit hinausgehen²⁰⁴⁾. Nebenpflichten bestehen als Teile des Schuldverhältnisses mit, ohne daß sie ausdrücklich Eingang in den Vertrag gefunden hätten, wenn dies nach der Verkehrssitte anzunehmen ist. Darüber hinaus beherrscht der Grundsatz von Treu und Glauben auch das Rechtsverhältnis der Parteien vor Abschluß und nach Beendigung eines Vertragsverhältnisses. Der Verstoß gegen vor- oder nachvertragliche Pflichten führt zu einem Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo bzw. positiver Vertragsverletzung.

Die Forderung nach einer stärkeren Berücksichtigung der zivilrechtlichen Grundsätze erscheint berechtigt. Während die Neuansätze Farthmanns und Gamillschegs mit ihren Begriffen der eingeschränkten Persönlichkeitsentfaltung und der Solidarität der Arbeitnehmer untereinander wieder vom Arbeitsverhältnis wegführen, lassen sich die meisten der bisher unter die

202) vgl. ZfA 1974, 70 f.

203) aaO S.127 f.

204) vgl. Esser, Schuldrecht Band I 4.Aufl., S.25 ff.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I.Band 9.Aufl., S.117

von ihrer Organisation ausdrücklich gewünscht wird.

Schwieriger stellt sich die Situation dar, wenn nach Beginn des Streiks und damit erfolgter Suspension der Arbeitsverträge bereits im Ausstand befindliche Arbeitnehmer zum Erhaltungsdienst herangezogen werden sollen. An der Interessenlage hat sich nichts geändert. Das Interesse der Gewerkschaft und der streikenden Belegschaft am Erhaltungsdienst ist unverändert. Dieser Fall kann eintreten, wenn von Anfang an nicht genügend Erhaltungsarbeiter bestimmt wurden oder einige der Bestimmten an der Durchführung der Arbeiten verhindert waren.

Apfel²⁰⁷⁾ meint, die Verdrängung der Arbeitspflicht durch den Streik könne nur so weit gehen, als Tätigkeiten nicht verlangt werden könnten, die im Widerspruch zur Kollektivaktion stünden. Erhaltungsarbeiten seien dem Arbeitskampf nicht wesensfremd, sondern eigentümlich. Ein Konflikt zwischen Suspension und Arbeitsleistung könne demnach gar nicht eintreten. Die Arbeitspflicht der Erhaltungsarbeiter sei nicht verdrängt, sondern auf Aufforderung durch den Arbeitgeber wieder aktualisierbar.

Ähnlich wie Otte²⁰⁸⁾ die Diskrepanz zwischen Arbeits-

207) aaO S.169 f.; im Ergebnis ähnlich Heckelmann, Aufsatz, der eine Suspension nur insoweit eintreten lassen möchte, als die Wiederaufnahme von Arbeit und Produktion nicht in Frage gestellt ist; ebenso Fenn SAE 1970, 192. Die beiden letztgenannten Autoren unterscheiden jedoch nicht zwischen der Verpflichtung von Arbeitnehmern vor Streikausbruch und während des Streiks; a.A. Leinemann DB 1971, 2310; er vertritt die Meinung, eine Pflicht zur Leistung von Erhaltungsarbeiten könne bei Beteiligung an einem rechtmäßigen Streik auf Grund der nach dem Arbeitsverhältnissgattungsmäßig geschuldeten Hauptpflicht nicht entstehen, da die Ausübung des durch Art.9 Abs.3 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Streikrechts durch den einzelnen Arbeitnehmer dann vom Belieben des Arbeitgebers abhängig sei.

208) vgl. aaO S.68 und oben S.7 f.

legen sein wird.

Zunächst ist zu unterscheiden, ob Erhaltungsarbeiten beim Streik oder bei der Aussperrung durchgeführt werden sollen, und ob diese Kampfmittel die Arbeitsverträge lösen oder nur suspendieren, denn davon hängt es ab, ob Arbeitnehmer zu Erhaltungsarbeiten auf Grund ihres Arbeitsvertrags verpflichtet werden können. Die Interessenlage beim Erhaltungsdienst ist unterschiedlich zu beurteilen je nachdem welche Wirkungen man den Arbeitskampfmitteln beimißt.

7.3.4.1. Rechtslage bei suspendierendem Streik

Bei der streikweisen kollektiven Arbeitsniederlegung in einem Betrieb ruht die Arbeitspflicht aller Streikenden. Ihre Arbeitsverhältnisse sind aber nicht aufgelöst, sondern bestehen dem Bande nach fort, wobei die beiderseitigen Hauptpflichten (Arbeitsleistung und Lohnzahlung) nicht erfüllt werden. Bereits vor Beginn des Streiks kann der Arbeitgeber die voraussichtlich erforderliche Zahl von Arbeitnehmern zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten bestimmen. Er hat dies der streikführenden Gewerkschaft mitzuteilen, die ihrerseits die betroffenen Arbeitnehmer vom Streik ausnimmt und auch satzungsmäßig auf sie einwirken kann, Erhaltungsarbeiten durchzuführen. Für diese Arbeitnehmer stellt sich das Problem der Suspension ihrer Arbeitspflicht nicht, weil sie von Anfang an nicht am Streikgeschehen teilnehmen. Da sie bereits vor Streikbeginn bestimmt wurden, werden ihre Arbeitsverhältnisse nicht suspendiert, sondern bestehen unverändert fort. Sie haben während des Streiks dieselbe Rechtsstellung wie Arbeitswillige. Diese Stellung wird auch nicht durch das Solidaritätsgebot der Arbeitnehmer untereinander eingeschränkt, denn sie erfüllen ja keine produktive, sondern nur betriebserhaltende Tätigkeit, die auch

nicht vereinbar seien²¹¹⁾. Auch Arbeitnehmer, die für die Vornahme von Erhaltungsarbeiten vom Arbeitgeber vorgesehen sind, würden demnach von der Aussperrung mitbetroffen. Sie würden zunächst ausgesperrt und ihre arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten suspendiert.

Dem läßt sich entgegenhalten, daß der kollektive Charakter eines Arbeitskämpfungsmittels nicht dadurch verloren geht, daß einige Arbeitnehmer an diesem Arbeitskampf nicht teilnehmen. Hier sei nur an die Möglichkeit des Teilstreiks in größeren Betrieben oder an die Verweigerung der Streikteilnahme einzelner Arbeitnehmer erinnert. Für die Aussperrung, die nach der damaligen Ansicht zur kollektivrechtlichen Lösung der Arbeitsverhältnisse führte, hat das BAG²¹²⁾ aner-

211) vgl. aber BAG 1,312 oben S. 36, das diese Ausnahme für den Fall der Aussperrung zuläßt; a.A. Steinert aaO S.68 f.: bei einer Teilaussperrung soll in dem betroffenen Sektor die Aussperrung wieder total sein, d.h. sie trägt innerhalb dieses Rahmens keine individuellen Ausnahmen. Diese Aussage erfolgt unter unrichtiger Berufung auf ein Urteil des LAG Düsseldorf vom 15.11.1956, abgedr. in BB 1957,111. Dort heißt es: "Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei einem Streik im Wege der kollektiven Aussperrung ist nicht nur dann statthaft, wenn alle Arbeitnehmer, also auch die nicht streikenden ausgesperrt werden. Zu einer solchen Gesamtaussperrung ist der Arbeitgeber keinesfalls verpflichtet, denn es kann ihm nicht zugemutet werden, seine arbeitswilligen Arbeitnehmer durch eine solche Maßnahme eventuell zu verlieren". Das von Steinert zitierte Urteil vermag daher seine Ansicht nicht zu stützen.

212) BAG Urteil vom 14.10.1960, AR-Blattei Arbeitskampf III,III Aussperrung, Entscheidung 2 mit zust. Anm.von Bulla; vgl.auch Richardi RdA 1971, 345, der dem Arbeitgeber jede Möglichkeit einer Aussperrung - sei sie nun lösend oder suspendierend - von Erhaltungsarbeitern abspricht, da er gegen Treu und Glauben verstoßen würde, "wenn er einerseits von den Arbeitnehmern verlangt, in einer Notsituation des Betriebs bestimmte Arbeiten zu leisten und andererseits dieselben Personen von der Arbeit ausschließt, um dadurch einen Druck auf den sozialen Gegenspieler auszuüben".

kampf und Arbeitsvertrag mit Hilfe eines subjektiv-privaten Arbeitskampfrechts löst, das dem Arbeitsvertrag innewohne, läßt sich auch der Widerspruch zwischen Erhaltungsarbeiten und Suspension der Arbeitspflicht beseitigen: soll das Streikrecht seinen Zweck - die Verbesserung der Tarifbedingungen - erfüllen, muß es auch die Pflicht der Streikenden enthalten, für die notwendigen Erhaltungsarbeiten zu sorgen, damit das erstrittene Ziel nicht wegen der Beschädigung von betrieblichen Anlagen wieder vereitelt wird. Das Streikrecht kann nicht isoliert als bloßes Recht zur kampfwisen Arbeitsniederlegung gesehen werden; es muß dessen Zielsetzung mitberücksichtigt werden. Da ein Streik nur dann erfolgreich geführt worden ist, wenn einerseits die tariflichen Forderungen erreicht wurden und andererseits diese auch realisiert werden können, d.h. die Arbeitsverhältnisse durch sie bestimmt werden, muß das Streikrecht auch die Erhaltungspflicht beinhalten, ohne die das Streikziel nicht erreicht werden könnte. Somit können Arbeitskampf und Erhaltungspflicht nebeneinander bestehen.

7.3.4.2. Rechtslage bei suspendierender Aussperrung

Auch bei der suspendierenden Aussperrung kann wieder unterschieden werden zwischen einer Heranziehung der Arbeitnehmer vor der Aussperrungserklärung und der Verpflichtung nach erfolgter Aussperrung.

Berteles²¹⁰⁾ meint, daß eine Ausnahme der Erhaltungsarbeiten von der Aussperrung durch den Arbeitgeber nicht möglich sei, da solche individuellen Durchbrechungen mit dem kollektiven Wesen der Aussperrung

209) Zum Umfang der Erhaltungsarbeiten vgl.unten S.79 ff.

210) aaO S.111

funktionsfähig sind. Durch die bloße Suspendierung der Arbeitsverhältnisse hat er die Gewißheit nach Kampfende wieder seine Arbeit aufnehmen zu können. Mögen auch die Arbeitsbedingungen als Folge der Aussperrung verschlechtert sein, so rechtfertigt das doch sein Interesse an der Erhaltung seines Betriebs und damit auch seines Arbeitsplatzes.

Auch bei der suspendierenden Aussperrung können daher Arbeitnehmer entweder vorher von der Aussperrung ausgenommen oder auf Grund ihrer aktualisierbaren Arbeitspflicht nach der Aussperrungserklärung zu Erhaltungsarbeiten herangezogen werden.

Nach diesen Überlegungen scheint die Anweisung des DGB²¹⁴⁾, daß bei der Aussperrung keine Erhaltungsarbeiten zu leisten seien, für die Aussperrung mit suspendierender Wirkung äußerst fragwürdig. Mag auch die gewerkschaftliche Forderung nach einem gesetzlichen Verbot der Aussperrung durchaus legitim erscheinen, so kann sie doch der Entscheidung des Gesetzgebers nicht vorgreifen, indem sie ihren Mitgliedern für diesen Fall die Durchführung von Erhaltungsarbeiten untersagt. Da das BAG im Rahmen der Rechtsfortbildung (§ 45 Abs.2 S.2 ArbGG) die Aussperrung anerkannt hat, würden sich die Gewerkschaften und die ihrem Verbot Folge leistenden organisierten Arbeitnehmer unter Umständen wegen Verweigerung der Erhaltungsarbeiten schadensersatzpflichtig machen²¹⁵⁾.

1.3.4.3. Rechtslage bei lösendem Streik und lösender Aussperrung

Wenn Streik und Aussperrung lösende Wirkung haben sollen, ist die Verpflichtung von Arbeitnehmern zu

214) vgl. oben S.29

215) zu den Haftungsfragen vgl. eingehend unten S.89 ff.

kannt, daß das nicht bedeute, daß alle Arbeitsverhältnisse notwendig durch eine Handlung und zum gleichen Zeitpunkt gelöst werden müßten. Die Aussperrung könne auch sukzessiv, zeitlich nacheinander, in einem angemessenen Zeitraum durchgeführt werden. Erforderlich sei nur ein einheitlicher Kampfentschluß.

Eine Ausnahme der Erhaltungsarbeiter vom Kollektivakt der Aussperrung ist daher möglich. Fraglich ist aber, ob auch beim Kampfmittel der Arbeitgeberseite die Durchführung der Enthaltungsarbeiten auf dieselben Argumente gestützt werden kann wie beim Streik. Bei diesem bestand eine Verpflichtung auf Grund der gewerkschaftlichen Satzung sowie das Interesse an der Weiterarbeit nach Streikbeendigung. Bei der Aussperrung und insbesondere bei der Aggressivaussperrung würden die Arbeitnehmer gezwungen, den Betrieb zu erhalten, obwohl die Folgen des vom Arbeitgeber eingeleiteten Arbeitskampfes für sie nachteilig sein könnten. Bei der Defensiv Aussperrung stellt sich dieses Problem weniger eindringlich dar, da der Erhaltungsdienst wohl bereits beim vorangegangenen Streik eingerichtet wurde, so daß sich an den Rechtsverhältnissen der Erhaltungsarbeiter wenig ändert.

Die Pflicht der Erhaltungsarbeiten wird auch bei der suspendierenden Aussperrung anerkannt²¹³⁾. Dem ist zuzustimmen, da das Interesse an der Erhaltung des Arbeitsplatzes stärker wiegt als die Vereitelung der Durchsetzung von Arbeitgeberinteressen. Der ausgesperrte Arbeitnehmer wird lieber auch nach erfolgter Aussperrung in seinen Betrieb und an seinen Arbeitsplatz zurückkehren, als diesen wegen nicht durchgeführter Erhaltungsarbeiten ganz oder zeitweise zu verlieren, weil die Produktionseinrichtungen nicht mehr

213) vgl. BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf, Bl.312 S.2; Apfel aaO S.161; Heckelmann Aufsatz

Demgegenüber möchte Baumert²²⁰⁾ den Fortbestand von Erhaltungspflichten nicht nur bei Suspendierung, sondern auch bei Lösung der Arbeitsverhältnisse durch Streik oder Aussperrung kraft "nachwirkender vertraglicher Nebenpflichten" rechtlich begründen. Zu Hinweisen auf drohende Schäden an den Betriebseinrichtungen sei auch der ausgeschiedene Arbeitnehmer "kraft nachwirkender Schutzpflichten" verbunden. Bei der Erörterung der Treuepflicht²²¹⁾ wurde bereits darauf hingewiesen, daß Erhaltungsarbeiten keine Neben- sondern eine Hauptpflicht darstellten und daher nur aus dem Arbeitsvertrag begründet werden könnten.

Aber auch die Autoren, die die Pflicht zu Erhaltungsarbeiten direkt aus dem Arbeitsvertrag herleiten, wollen sie bei einer vertragslösenden Wirkung des Arbeitskampfes ebenfalls auf diesen Vertrag stützen.

Apfel²²²⁾ meint, die Aussperrungswirkung könne durch den Arbeitgeber gegenüber Erhaltungsarbeitern aufgehoben werden, wobei aber Unklarheit über die rechtliche Einordnung dieser Aufhebungserklärung besteht. Geht man davon aus, daß die Aufhebung der Aussperrung die durch die Aussperrungserklärung eingetretene Lösung der Vertragsverhältnisse nicht wieder beseitigen kann, ist diese Erklärung des Arbeitgebers nur als Vertragsangebot an die Arbeitnehmer zu sehen, das diese aber nicht annehmen müssen.

Unter Berufung darauf, daß selbst bei einer lösenden Aussperrung wegen der Wiedereinstellungsbereitschaft der Arbeitgeber das arbeitsvertragliche Band nicht

220) vgl. DB 1966, 1890; a.A. van Gelder-Böttner JuS 1969, 114 f.: jede vertragliche Pflicht bedürfe zu ihrer Entstehung eines Entstehungstatbestands, der bei einer vertraglichen Pflicht nur ein vertragliches Rechtsverhältnis sein könne. Wenn dieses Vertragsverhältnis durch den Arbeitskampf beendet sei, könne es nicht mehr die Entstehung von Pflichten bewirken.

221) vgl. oben S. 60 ff.

222) aaO S. 178 ff.

Erhaltungsarbeiten aus dem Arbeitsvertrag anders zu beurteilen als bei einer die Arbeitsverhältnisse nur suspendierenden Wirkung der Kampfmittel.

Das BAG²¹⁶⁾ hat gleichzeitig mit seiner Hinwendung zur Suspendierungstheorie anerkannt, daß soweit Arbeitnehmer eines Betriebes Erhaltungsarbeiten durchführen sollen, deren Arbeitsverhältnisse bestehen bleiben müßten und bei ihnen daher nur eine suspendierende Aussperrung in Betracht komme. Von mit lösender Wirkung ausgesperrten Arbeitnehmern könnten Erhaltungsarbeiten wegen des Abbruchs der arbeitsrechtlichen Beziehungen nicht verlangt werden. Damit kann eine Heranziehung von Arbeitnehmern bei lösender Aussperrung nicht mehr auf die im Beschluß vom 28.1. 1955²¹⁷⁾ vertretene Ansicht gestützt werden, die Erhaltungsarbeiter würden nicht ausgesperrt und könnten vor der Aussperrung vom Arbeitgeber bestimmt werden.

Ähnlich wie das BAG äußern sich auch die Vertreter der Suspendierungstheorie. Nach Bertele²¹⁸⁾ und Steinert²¹⁹⁾ kann die Frage der Erhaltungsarbeiten nur auf dem Boden der Suspendierungstheorie befriedigend gelöst werden: "Legt man der Aussperrung arbeitsvertragslösende Wirkung bei, so entfällt die Grundlage für die Verpflichtung einzelner Ausgesperrter zur Vornahme von Erhaltungsarbeiten ... Die Lösungstheorie der Aussperrung bietet keine rechtliche Grundlage, ausgesperrte Arbeitnehmer zur Vornahme erhalten-der Arbeiten heranzuziehen".

216) vgl. BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf, Bl.312 S.2

217) vgl. BAG 1,312

218) vgl. aaO S.108 u. S.113

219) vgl. aaO S.71; so auch Hoeniger BB 1955, 707

Arbeitgeber. Daran ändert auch der vom BAG aufgestellte Wiedereinstellungsanspruch²²⁴⁾ von lösend ausgesperrten Arbeitnehmern nichts. Da die Wiedereinstellung nur nach "billigem Ermessen" zu erfolgen hat, muß es auch Arbeitnehmer geben, die nicht wiedereingestellt werden. Würden ohnehin alle Arbeitnehmer wieder an ihre Arbeitsplätze zurückkehren können, bedürfte es keiner lösenden Aussperrung, da ihre Wirkung dann der suspendierenden gleichkäme.

Geht man davon aus, daß ein Interesse der Arbeitnehmer an der Erhaltung ihres Betriebs dann nicht mehr besteht, wenn ihnen die Möglichkeit genommen ist, von dieser Erhaltung auch selbst zu profitieren, muß man zu dem Schluß kommen, daß bei lösender Aussperrung oder lösendem Streik eine Pflicht der Arbeitnehmer Erhaltungsarbeiten durchzuführen nicht aus dem Arbeitsvertrag hergeleitet werden kann.

Damit ist auch die von Apfel²²⁵⁾ vorgeschlagene "Rückgängigmachung" der Aussperrung für die am Erhaltungsdienst beteiligten Arbeitnehmer nicht möglich. Dem steht die Solidarität der Arbeitnehmer untereinander entgegen. Die nicht ausgesperrten Erhaltungsarbeiter müßten dann Arbeiten durchführen, die zwar im Interesse der Arbeitgeber und auch in dem

224) vgl. BAG 1,292 Leitsatz 7: "Sperren die bestreikten Arbeitgeber gemäß Ziff.6 aus. so steht die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitskampfes beim Fehlen einer Wiedereinstellungsklausel in ihrem unternehmerischen Ermessen". und BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf Leitsatz 3: "Nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit kann eine Aussperrung mit lösender Wirkung zulässig sein. In einem solchen Falle hat der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitskampfes einen Wiedereinstellungsanspruch nach billigem Ermessen".

225) aaO S.179

vollständig vernichtet sei, kommt Apfel zu dem Schluß, daß die Lösungswirkung der Aussperrung für die am Erhaltungsdienst beteiligten Arbeitnehmer "rückgängig" gemacht und ihr Arbeitsvertrag somit als von Kampfbeginn an weiterbestehend betrachtet werden könne. Für den Streik mit lösender Wirkung sieht er jedoch keine entsprechende Möglichkeit.

Heckelmann²²³⁾ sagt, die Notwendigkeit der Durchführung von Erhaltungsarbeiten stehe nicht im Zusammenhang mit der lösenden oder suspendierenden Wirkung von Arbeitskämpfungsmitteln. Eine Suspension oder Lösung der Arbeitspflicht trete nur insoweit ein als die Wiederaufnahme von Arbeit und Produktion nicht in Frage gestellt sei.

Die Befürworter einer Erhaltungspflicht trotz Lösung der Arbeitsverhältnisse berücksichtigen nicht die grundlegenden Unterschiede zwischen Lösung und Suspendierung. Da es ihnen aber wünschenswert erscheint, daß auch bei lösender Aussperrung Erhaltungsarbeiten durchgeführt werden, versuchen sie, diese Pflicht mit zweifelhaften Argumenten zu begründen.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß Erhaltungsarbeiten im beiderseitigen Interesse von Arbeitnehmern und Arbeitgeber liegen. Diese Interessenlage verschiebt sich jedoch entscheidend, wenn die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer aufgelöst werden. Das bei suspendierendem Streik und suspendierender Aussperrung bestehende Interesse der Arbeitnehmer am Erhalt ihres Arbeitsplatzes ist gerechtfertigt, da sie wissen, daß sie nach Beendigung des Arbeitskampfes wieder dorthin zurückkehren können. Sind ihre Arbeitsverhältnisse aber gelöst, besteht diese Gewähr nicht mehr. Die Arbeitnehmer müßten dann Arbeiten zur Erhaltung von Arbeitsplätzen leisten, die ihnen selbst gar nicht mehr zugute kämen, sondern nur ihrem früheren

223) vgl. Aufsatz

des Arbeitgebers besteht²²⁷⁾. Andererseits werden die Arbeitnehmer in Zeiten der Unterbeschäftigung kaum das Kampfmittel des lösenden Streiks wählen, da dann der Arbeitgeber nicht nur die zu Erhaltungsarbeiten notwendigen, sondern überhaupt einen größeren Teil von Arbeitnehmern neu einstellen kann.

Bei dieser Lösung wird man nicht gegen den Grundsatz der Kampfparität verstoßen, da sich die Kampfmittel auf beiden Seiten die Waage halten. Wahl und Erfolg des ergriffenen Kampfmittels sind vielmehr von wirtschaftlichen Gegebenheiten (Über- oder Unterbeschäftigung) abhängig, die jede Kampfpartei legitim für sich ausnutzen kann.

7.3.4.4. Rechtslage bei Unzulässigkeit der Aussperrung

Folgt man den Stimmen²²⁸⁾, die jede Aussperrung für unzulässig halten, ändert sich nichts an den gewonnenen Erkenntnissen. Da für die Vertreter dieser Ansicht Streiks stets nur suspendierende Wirkung haben²²⁹⁾, gilt hier dasselbe, was bereits oben²³⁰⁾ zur Rechtslage beim suspendierenden Streik ausgeführt wurde. Auch hier ist der einzelne Arbeitnehmer auf Grund seines Individualarbeitsvertrags zur Durchführung der Erhaltungsarbeiten verpflichtet. Diese Pflicht wird dadurch verstärkt, daß der Arbeitgeber hier keinerlei Einfluß auf das Kampfgeschehen nehmen kann. Weder hat er die Möglichkeit der Neueinstellung von Arbeitnehmern, da alle Arbeitsverhältnisse

227) Das BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf, Leitsatz 2, hat sich wohl bereits gegen die lösende Wirkung von Streiks entschieden: "Streiks führen zur Suspendierung der Arbeitsverhältnisse".

228) vgl. oben S. 18 ff.

229) vgl. oben S. 21

230) vgl. oben S. 66 ff.

der Arbeitnehmer, die wegen der Lösung der Arbeitsverträge der Ausgesperrten neu eingestellt werden können, liegen, ihren im Arbeitskampf befindlichen Kollegen aber gar nicht mehr zugute kommen oder deren Kampfziel gar vereiteln könnten.

Aus dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgern, daß lösende Kampfmittel deshalb unzulässig seien, weil bei ihnen keine Pflicht zu Erhaltungsarbeiten statuiert werden könne²²⁶⁾. Es besteht auch nicht die Befürchtung, daß bei Arbeitskämpfen, die die Vertragsverhältnisse lösen, die Produktionseinrichtungen verfallen. Da die Arbeitsverhältnisse der im Ausstand befindlichen Arbeitnehmer gelöst sind, hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, die zum Erhaltungsdienst erforderlichen Arbeitnehmer neu einzustellen. Daß ihm dies - etwa in Zeiten der Überbeschäftigung - nicht gelingen könnte, spricht nicht gegen die hier vertretene Meinung. Bei der Wirkung des Arbeitskampfmittels besteht ja das Wahlrecht zwischen Suspendierung und Lösung. Der Arbeitgeber hat sich daher zu überlegen, ob er eine lösende Aussperrung im Hinblick auf den Erhalt seines Betriebs überhaupt aussprechen kann.

Dasselbe gilt für den Streik mit lösender Wirkung. Auch hier hat der Arbeitgeber die Möglichkeit der Neueinstellung von Arbeitnehmern zur Ausführung der Erhaltungsarbeiten. Die Möglichkeit, daß ihm das nicht gelingt, gibt der Arbeitnehmerseite ein zusätzliches Druckmittel an die Hand, auf ihre Forderungen einzugehen bevor es überhaupt zu einem Arbeitskampf kommt, da sonst Gefahr für die Betriebseinrichtungen

226) Diesen Schluß zieht aber das BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf Bl. 312 S.2; vgl. oben S. 72

auch die Verpflichtung beinhalte, nicht zu streiken, was gegen Art.9 Abs.3 GG verstoße²³³⁾.

Aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen folgt jedoch, daß der Abschluß eines solchen Erhaltungsarbeitsvertrags oder die Vereinbarung einer entsprechenden Klausel im Arbeitsvertrag unnötig sind. Bei nur suspendierender Wirkung des Arbeitskampfes folgt die Erhaltungspflicht ohnehin aus dem Arbeitsvertrag selbst, so daß es einer zusätzlichen Vereinbarung nicht bedarf.

Werden die Vertragsverhältnisse kampfwise gelöst, besteht der gesamte Arbeitsvertrag und damit auch die Vereinbarung über Erhaltungsarbeiten nicht mehr. In diesem Falle besteht nur noch die Möglichkeit, einen eigenen Erhaltungsarbeitsvertrag abzuschließen, wobei es den Arbeitnehmern aber frei steht, ob sie diesen annehmen.

§ 8

Umfang der Erhaltungsarbeiten

Bei der Bestimmung des Umfangs der Erhaltungsarbeiten ist zunächst die gegenseitige Interessenlage abzuwägen. Einerseits besteht das Interesse der Arbeitnehmer an der Durchführung dieser Arbeiten zur Sicherung ihrer Arbeitsplätze, andererseits bringen sie aber auch dem Gegner einen Vorteil, nämlich den Schutz seines unternehmerischen Eigentums²³⁴⁾. Dieser Aspekt wird verstärkt, wenn man an die Aussperrung denkt, wo die Erhaltungsarbeiter den Arbeitgeber bei seinem Arbeitskampfmittel unterstützen.

233) Dem steht die oben dargelegte Ansicht (vgl. S. 66 f. entgegen, daß die Erhaltungspflicht dem Streikrecht nicht wesensfremd gegenübersteht und dieses daher auch nicht einschränken kann.

234) vgl. Apfel aaO S.124

der Streikenden nur suspendiert werden, noch kann er im Wege der Suspensivaaussperrung Dauer und Umfang des Arbeitskampfes bestimmen.

Auch bei Unzulässigkeit der Aussperrung läßt sich aber keine Pflicht der Arbeitnehmer herleiten, Erhaltungsarbeiten in größerem Umfang durchzuführen. Das folgt bereits aus der Natur dieser Arbeiten. Sie dienen lediglich der Erhaltung der betrieblichen Anlagen. Ihr Umfang ist unabhängig von der Zulässigkeit und Art eines Kampfmittels. Er ist nach den objektiven Kriterien der Notwendigkeit festzulegen.

7.3.5. Erhaltungsarbeitsvertrag

Man könnte daran denken, daß zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die zu Erhaltungsarbeiten herangezogen werden sollen, ein eigener, nur diese Arbeiten betreffender "Erhaltungsarbeitsvertrag" geschlossen wird²³¹⁾. Leinemann²³²⁾ erwähnt dazu, daß zunehmend viele Arbeitgeber in vorbereiteten Formularen bei Abschluß des Arbeitsvertrages eine Pflicht der Arbeitnehmer zur Leistung von Erhaltungsarbeiten zu begründen versuchen. Nach seiner Ansicht ist eine solche Vereinbarung nichtig, da die Verpflichtung eines gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmers, bei einem Arbeitskampf Erhaltungsarbeiten zu leisten,

231) Apfel aaO S.138 bringt das Beispiel eines "Notarbeitsvertrags", bei dem eine Abmachung des Magistrats der Stadt Berlin mit den Gewerkschaften über die Durchführung von Notarbeiten bei Streiks in den gemeinnötigen Betrieben getroffen wurde. Es handelt sich hier jedoch um eine Vereinbarung zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeber, nicht zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgeber, so daß sie den Charakter eines Tarifvertrags und nicht einer Individualvereinbarung hat.

232) vgl. DB 1971, 2315

Elemente beider Tätigkeiten in sich vereinigen²³⁸⁾. Hier wären die sogenannten Abwicklungsarbeiten zu nennen. Hierunter versteht man die Verarbeitung oder Versendung von Rohmaterial während des Arbeitskampfes. Lauschke²³⁹⁾ sieht diese Endarbeiten im Produktionsbereich sowie das Lagern von Gütern und Rohmaterial als nicht durchzuführendes "Übermaß" an. Steinert²⁴⁰⁾ unterscheidet zwischen verderblichen und nichtverderblichen Mitteln, wobei die nichtverderblichen grundsätzlich liegenzubleiben hätten. Bei den verderblichen komme es darauf an, ob sie sofort nach Wiederaufnahme der Arbeit für die Produktion benötigt würden. In diesem Falle seien sie zu schützen. Führe ihr Verderb jedoch nur zu finanziellen Einbußen des Arbeitgebers, besteht kein Anlaß diese abzuwenden. Im Gegensatz hierzu zählen Siebrecht²⁴¹⁾ und Schell²⁴²⁾ sämtliche Abwicklungsarbeiten, die noch geleistet werden müssen, um übergroße Verluste durch Verderben empfindlicher Rohstoffe und Fertigwaren oder übermäßig hohe Kosten, z.B. beim Bahntransport, zu verhüten, zu den Erhaltungsarbeiten. Unterschiedlich wird auch die Frage nach Arbeiten, die der Sicherung des Kundenstamms dienen, beantwor-

238) Apfel aaO S.33 bringt das Schulbeispiel für die Verbindung erhaltender und produktiver Tätigkeit: beim Arbeitskampf in der Landwirtschaft müssen die Kühe gemolken werden, damit sie nicht verenden.

239) vgl. DB 1970, 1178

240) vgl. aaO S.73; ebenso Brox-Rüthers aaO S.146: "Die Sicherung empfindlicher Rohstoffe oder Fertigwaren bei Kampfbeginn durch sogenannte Abwicklungsarbeiten (etwa in Gerbereien oder Lebensmittelbetrieben) zählt zur Erhaltungspflicht der Kampfparteien, soweit andernfalls die Wiederaufnahme der Arbeit nach Kampfeinde beeinträchtigt wird".

241) aaO S.96

242) BB 1969, 1180

Der Umfang der Erhaltungsarbeiten muß daher den beiderseitigen Interessen gerecht werden und darf keiner Seite Vorteile bringen. Als Ausgangspunkt der Überlegung läßt sich die Formel aufstellen, daß der Umfang der Erhaltungsarbeiten nur soweit reichen darf, daß nach Kampfbereite Arbeit und Produktion wieder aufgenommen werden können²³⁵⁾.

In der Literatur bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, welche Arbeiten von dieser Formel umfaßt werden. Einigkeit besteht darüber, daß sämtliche Maßnahmen, die der bloßen Erhaltung der Betriebsanlagen dienen, darunterfallen. "Hierzu zählen die Wartung des Maschinenparks sowie die Instandhaltung aller Einrichtungen, deren Zerstörung oder Beschädigung den Verlust von Arbeitsplätzen zur Folge hat. Beim Streik der Bergarbeiter sind die Schächte von einströmendem Wasser frei zu halten, in Produktionsanlagen, die an z.B. konstante Temperaturen oder eine besondere Luftfeuchtigkeit gebunden sind, ist dafür zu sorgen, daß diese Erfordernisse aufrecht erhalten werden. Erforderlich ist auch, Betriebseinrichtungen vor Witterungsschäden zu schützen, etwa durch Abdecken bei Kälte u.s.w."²³⁶⁾.

Ebenso wird nicht bestritten, daß Arbeiten, die der reinen Produktionsweiterführung dienen, nicht hierunter fallen²³⁷⁾.

Uneinigkeit besteht jedoch über die Einordnung von Tätigkeiten, die nicht eindeutig zu den Erhaltungs- oder den Produktionsarbeiten gehören, sondern die

235) vgl. Heckelmann Aufsatz; Steinert aaO S.73; daß dabei keinesfalls eine produktive Tätigkeit vorgenommen werden soll, erkennt auch die Arbeitgeberseite ausdrücklich an (vgl. oben S. 34)

236) Steinert aaO S.73

237) vgl. Steinert ebenda; Lauschke DB 1970, 1175; Hoeniger RdA 1953, 205

- Erhaltungs- und Wartungsarbeiten
- produktive Tätigkeiten, die gleichzeitig betriebserhaltend sind
- rein produktive Tätigkeiten
- Tätigkeiten, die der Erhaltung des Kundenstamms dienen.

Alle diese Tätigkeiten sind unter dem bereits genannten Gesichtspunkt zu sehen, daß sie lediglich die Wiederaufnahme von Arbeit und Produktion garantieren sollen. Hierzu gehören in jedem Falle Erhaltungs- und Wartungsarbeiten an den Betriebsanlagen.

Die gleichzeitig produktiven und betriebserhaltenden Arbeiten lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Zum einen fallen hierunter die Abwicklungsarbeiten, die z.B. der Sicherung verderblichen Rohmaterials dienen. Es handelt sich hier stets um nur vorübergehend erforderliche Maßnahmen im Anschluß an die Produktionstätigkeit vor Kampfbeginn. Hinsichtlich dieser Arbeiten ist Steinert²⁴⁶⁾ zuzustimmen, daß sie nur dann durchzuführen sind, wenn andernfalls verderbliche Waren, die zur Wiederaufnahme der Produktion notwendig sind, verderben würden.

Zu den Tätigkeiten mit Doppelcharakter zählen aber auch Erhaltungsarbeiten, die untrennbar mit einer Produktion verbunden sind. Auch solche Arbeiten sind durchzuführen. Es gibt Betriebseinrichtungen wie Hochöfen oder Kokereien, die nicht plötzlich außer Betrieb gesetzt werden können, da dies zu ihrer Beschädigung oder Zerstörung führen würde. Solche Einrichtungen können nur mit Hilfe einer Produktionstätigkeit, die aber auf ein Minimum zu beschränken ist, funktionsfähig bleiben²⁴⁷⁾.

246) aaO S.73; vgl. auch oben S.

247) vgl. Brox-Rüthers aaO S.146; Apfel aaO S.39

tet. Siebrecht²⁴³⁾ sieht sie als Abwicklungsarbeiten, die erledigt werden müssen, um dem Betrieb seinen Kundenstamm zu erhalten. Schell²⁴⁴⁾ fordert in diesem Zusammenhang, daß das Unternehmen mit Hilfe der Erhaltungsarbeiter in der Lage sein müsse, die Verbindung mit Kunden und Behörden während des Arbeitskampfes aufrechtzuerhalten. Daher müßten der Post- und Fernmeldedienst und die Sekretariate besetzt werden. Hierzu gehöre auch die Fortführung notwendiger Konstruktionsarbeiten (z.B. zur Vorbereitung auf Messen). Brox-Rüthers²⁴⁵⁾ hingegen zählen Tätigkeiten, die den Marktanteil oder den Kundenstamm des bestreikten Unternehmens wahren sollen, nicht zu den Erhaltungsarbeiten. Die Annahme einer Pflicht zu solchen Arbeiten würde jeden Arbeitskampf unmöglich machen, da er notwendig die Stilllegung und folglich auch die Marktschädigung des Gegners bewirken wolle. Nur unerträgliche Schädigungen würden durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtswidrig.

Im Rahmen dieser Darstellung, die ein allgemeines Bild der Erhaltungsarbeiten zu geben versucht, muß auch die Bestimmung des Umfangs dieser Arbeiten auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden. Dabei müssen notwendigerweise branchentypische Eigenheiten unberücksichtigt bleiben. Eine detaillierte Beschreibung von Erhaltungsarbeiten kann allenfalls für eine Branche Gültigkeit haben, sie ist jedoch zur allgemeinen Abgrenzung ungeeignet.

Auf der Grundlage der vorher erörterten Meinung in der Literatur muß die Umfangsbestimmung von folgenden Tätigkeiten ausgehen:

243) aaO S.96

244) BB 1969, 1180

245) aaO S.147

Darstellung über die unter den Begriff der Erhaltungsarbeiten fallenden Tätigkeiten gegeben. Es wurde auch angedeutet, daß ein genauer Katalog der zu verrichtenden Arbeiten nur für einen Betrieb oder allenfalls mehrere branchen- und umfangsgleiche Betriebe Gültigkeit haben könne. Die gefundene Definition bedarf daher notwendigerweise der Ausfüllung durch Bestimmung der für den Erhaltungsdienst "betriebstypischen" Tätigkeiten, die in den vom Arbeitskampf betroffenen Betrieben durchzuführen sind. Hierbei stellt sich die Frage, wem diese Ausfüllung obliegt.

Es besteht zunächst die Möglichkeit einer Einigung der kampf führenden Parteien über den Umfang des Erhaltungsdienstes. Für den Fall einer solchen Einigung erübrigt sich jede weitere Erörterung. Es muß jedoch geklärt werden, wem die Bestimmung obliegt, wenn keine Einigung zustandekommt.

Es wurde bereits festgestellt²⁵²⁾, daß der Arbeitgeber alleiniger Träger des Erhaltungsdienstes ist. Daraus folgt auch, daß er den Umfang des Erhaltungsdienstes im Zweifel zu bestimmen hat²⁵³⁾. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Arbeitgeber nach seinem Belieben die zum Erhaltungsdienst gehörenden Tätigkeiten auswählen kann. So kann er beispielsweise niemals rein

252) vgl. oben S.48

253) a.A. Heckelmann Aufsatz: keine der Kampfparteien könne eine Umfangsbestimmung treffen. Der Erhaltungsumfang stelle sich als Rechtsfrage dar, "als eine Generalklausel, die durch den Richter konkretisiert werden muß". Die Autoren, die den Gewerkschaften oder Arbeitgeber und Gewerkschaften gemeinsam die Trägerschaft an den Erhaltungsarbeiten zuschreiben, beantworten die Frage entsprechend anders (vgl. oben S.38 ff.). Sie wollen die Gewerkschaft alleine oder zusammen mit dem Arbeitgeber den Erhaltungsdienst bestimmen lassen. Das spricht jedoch nicht gegen den Schluß von der Trägerschaft des Erhaltungsdienstes auf dessen Umfangsbestimmung, wie er hier gezogen wird.

Rein produktive Tätigkeiten, die nicht gleichzeitig auch die Betriebseinrichtungen erhalten, sind während eines Arbeitskampfes im Rahmen der Erhaltungsarbeiten nicht durchzuführen, da Produktionstätigkeit und Arbeitskampf einander ausschließen²⁴⁸⁾.

Auch Arbeiten, die der Erhaltung des Kundenstamms dienen, sind nicht zu den Erhaltungsarbeiten zu rechnen. Der Forderung Schells²⁴⁹⁾, der Betrieb müsse Post- und Telefondienst sowie die Sekretariate besetzen, ist nicht zuzustimmen. Kunden und Behörden sind lediglich über die Tatsache des Arbeitskampfes und dessen voraussichtliche Dauer zu unterrichten. Das kann auch durch rechtzeitige Rundschreiben oder Fernmeldeauftragsdienst geschehen. Die Fortführung notwendiger Konstruktionsarbeiten²⁵⁰⁾ zur Erhaltung des Kundenstamms ist ebenso wie andere rein produktive Tätigkeiten während des Arbeitskampfes zu beurteilen. Nur wenn durch deren Unterbleiben die Existenz des Betriebs und damit auch die Wiederaufnahme der Produktion gefährdet werden, sind sie in Ausnahmefällen durchzuführen²⁵¹⁾.

§ 9 Bestimmungsrechte bei den Erhaltungsarbeiten

9.1. Bestimmung über den Umfang der Erhaltungsarbeiten

Im vorhergehenden Abschnitt wurde nur eine allgemeine

248) Apfel aaO S.43 bringt jedoch zwei Beispiele, wo trotz eines Arbeitskampfes produktive Tätigkeiten verrichtet wurden: beim Arbeitskampf in der Metallindustrie Baden-Württemberg 1963 wurde an einem Teilauftrag zur Fertigstellung der sog. Vogelfluglinie der Ostsee-Fährverbindung Puttgarden/Rötbyhavn und in der Rennabteilung eines Großunternehmens der Automobilindustrie weitergearbeitet. Es handle sich hierbei um Arbeiten, deren Unterbrechung den Betrieb existenziell beeinträchtigen könnte.

249) BB 1969, 1180

250) vgl. Schell ebenda

251) vgl. hierzu die Beispiele in Fußnote 248

tungsarbeiter unschwer festzustellen. Sie richtet sich nach der üblicherweise erforderlichen Anzahl zur Durchführung solcher Arbeiten in Zeiten des Arbeitsfriedens. Es besteht auch die Möglichkeit, daß mehrere Schichten, beispielsweise zur Aufrechterhaltung des Hochofenbetriebs²⁵⁸⁾, zur Durchführung des Erhaltungsdienstes notwendig sind. Die genaue Zahl richtet sich nach den betrieblichen Gegebenheiten und ist wieder objektiv festzustellen.

Heckelmann²⁵⁹⁾ meint, für die Anzahl erhaltungspflichtiger Arbeitnehmer bestehe überhaupt kein Bestimmungsrecht eines der Beteiligten. Jedes einseitige Bestimmungsrecht wäre mit dem Grundsatz der Kampfparität unvereinbar, da es das Kampfgewicht ungleich verschieben würde. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Bestimmung der Anzahl erhaltungspflichtiger Arbeitnehmer ebensowenig im freien Belieben des Arbeitgebers steht wie die Umfangsbestimmung des Erhaltungsdienstes. Die Anerkennung einer Bestimmung durch den Arbeitgeber kann daher das Kampfgewicht nicht zu dessen Gunsten verschieben, da er auch hier wieder objektiven Kriterien unterliegt. Das Bestimmungsrecht des Arbeitgebers führt nur zu einer Beschleunigung bei der Errichtung des Erhaltungsdienstes. Ohnehin gehen bei den meisten Arbeitskämpfen Besprechungen zwischen den Kampfparteien über die Errichtung des Erhaltungsdienstes voraus²⁶⁰⁾. Bereits hier besteht ausreichend Gelegenheit, einem Mißbrauch des Arbeitgebers vorzubeugen. Auch hier entscheiden im Falle unüberbrückbarer Gegensätze die Arbeitsgerichte.

258) vgl. Apfel aaO S.40

259) Aufsatz

260) vgl. oben S. 26

produktive Tätigkeiten anordnen. Die Bestimmung der Erhaltungsarbeiten hat außerdem im billigen Ermessen gemäß den §§ 315 ff.BGB zu erfolgen. Daß diese Vorschriften auch im Arbeitsrecht uneingeschränkte Anwendung finden, ist allgemein anerkannt²⁵⁴⁾. Der Arbeitgeber hat sich bei seiner Bestimmung an objektive Maßstäbe zu halten, d.h. der Erhaltungsdienst darf nur dazu dienen, die Arbeits- und Produktionsaufnahme nach Kampfbende zu garantieren. Bei der Ermittlung des Umfangs der Erhaltungsarbeiten kann es sich nur um eine Subsumtion unter die vorgegebene Begriffsbestimmung handeln. Dieses objektive Moment wird auch von Penn²⁵⁵⁾ betont: "Keine Seite vermag den Umfang der Erhaltungsarbeiten nach ihrem Ermessen festzulegen. Vielmehr bestimmen die allgemein-industriellen und die speziell-betrieblichen Gegebenheiten selbst darüber, was an Erhaltungsarbeiten notwendig ist"²⁵⁶⁾. Daß der Arbeitgeber diese Subsumtion vornimmt, gibt ihm keinen Vorsprung gegenüber der Arbeitnehmerseite, da er diese objektiven Kriterien nicht zu seinen Gunsten verschieben darf. Sollten die Ansichten der Kampfparteien erheblich divergieren, haben letztlich die Arbeitsgerichte gemäß § 2 Abs.1 Ziff.1 ArbGG den Umfang der Erhaltungsarbeiten zu bestimmen²⁵⁷⁾.

- 9.2. Bestimmung über die Anzahl der Erhaltungsarbeiter
- Besteht Klarheit über den Umfang des Erhaltungsdienstes, ist auch die Anzahl der erforderlichen Erhal-

254) vgl. etwa die Rechtsprechungsnachweise bei Palandt-Heinrichs aaO § 315 Anm.2b

255) SAE 1970, 191

256) Herschel ArbUR 1970, 352 versteht unter der Bestimmung nicht eine "wählende Ausübung gestaltenden Ermessens", sondern ebenfalls eine Subsumtion, wobei jedoch ein gewisser Beurteilungsspielraum zur Verfügung stehe.

257) vgl. Penn und Herschel ebenda

Weisungen zu erteilen²⁶⁴⁾.

§ 10 Haftungsansprüche bei unterbliebenen
Erhaltungsarbeiten

10.1. Ansprüche des Arbeitgebers gegen die Gewerkschaft

Die Gewerkschaft selbst trifft im Falle eines Arbeitskampfes keine unmittelbare Verpflichtung zur Durchführung der Erhaltungsarbeiten²⁶⁵⁾. Sie kann jedoch dem Arbeitgeber Schaden zufügen, wenn sie die Durchführung notwendiger Erhaltungsarbeiten verhindert, indem sie etwa ihren Mitgliedern Sanktionen für den Fall der Teilnahme am Erhaltungsdienst androht oder diese durch Streikposten daran hindert, den Betrieb zu betreten.

In einem solchen Falle beeinträchtigt die Gewerkschaft das Recht des Arbeitgebers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Auch der Gewerbebetrieb ist ein geschütztes Rechtsgut im Sinne des § 823 Abs.1 BGB²⁶⁶⁾. Seit dem Zeitungsstreik vom Mai 1952 ist anerkannt, daß auch Arbeitskampfhandlun-

264) ebenso Heckelmann Aufsatz; a.A. Lauschke DB 1970,1177, der dem Arbeitgeber ein Weisungsrecht abspricht, da dadurch das Prinzip der Gegnerfreiheit der Koalition im Arbeitskampf durchbrochen würde. Der Arbeitgeber könnte in das Streikgeschehen der Gegenseite eingreifen, indem er etwa Mitglieder der Streikleitung zum Erhaltungsdienst verpflichte. Eine solche Verpflichtung würde jedoch dem billigen Ermessen der §§ 315 ff. BGB nicht entsprechen. Die Arbeitnehmerseite könnte sich ihr wirksam widersetzen.

265) vgl. oben S.41

266) RGZ 101,337; 102,225 u.126, 96 bejahen eine Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb nur dann, wenn sich der Eingriff unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richtete. Seit BGH 3, 279 wird jedoch nicht nur der Betrieb in seinem eigentlichen Bestand als schutzwürdig angesehen, sondern auch in seinen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen ist.

9.3. Auswahl und Leitung des Erhaltungsdienstes

Für die Verrichtung bestimmter Tätigkeiten des Erhaltungsdienstes kommen naturgemäß die Arbeitnehmer in Betracht, die auf Grund ihrer Ausbildung oder Stellung im Betrieb geeignet sind, diese durchzuführen. Das Problem der Auswahl kann sich daher nur stellen, wenn mehrere gleich qualifizierte Arbeitnehmer zur Verrichtung derselben Tätigkeit zur Verfügung stehen.

Es wurde festgestellt, daß die Arbeitnehmer auf Grund ihres Individualarbeitsvertrags zu Erhaltungsarbeiten herangezogen werden²⁶¹). Bestandteil dieses Arbeitsvertrags ist auch das Direktionsrecht des Arbeitgebers²⁶²). Das Direktions- oder Weisungsrecht des Arbeitgebers ist ein für die Bestimmung der Arbeitsbedingungen wichtiger Faktor. "Die Pflicht zur Arbeitsleistung wird im Arbeitsvertrag in der Regel nur allgemein, nur in den Grundzügen festgelegt. Die näheren Einzelheiten über Ort, Zeit, Art und Reihenfolge und unter Umständen auch Umfang der zu leistenden Arbeit werden erst später bestimmt. Diese Bestimmung steht im Zweifel dem Arbeitgeber zu ... Das ist der Sinn des Direktionsrechts"²⁶³).

Kraft dieses Direktionsrechts kann der Arbeitgeber die Auswahl der Erhaltungsarbeiter unter den zur Verfügung stehenden Arbeitnehmern treffen. Gleichzeitig ist er dadurch befugt, den Erhaltungsdienst zu überwachen und den daran beteiligten Arbeitnehmern

261) vgl. oben S.65 ff.

262) vgl. hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I § 25 VI; Nikisch, Arbeitsrecht 1.Band, S.227

263) Hueck-Nipperdey ebenda

10.2. Ansprüche des Arbeitgebers gegen die einzelnen Arbeitnehmer

10.2.1. Vertragliche Ansprüche

Weigert sich bei einem Arbeitskampf ein Arbeitnehmer, der zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten bestellt wurde, diese auszuführen, so macht er sich einer positiven Vertragsverletzung seines Arbeitsvertrags gemäß §§ 611, 242, 276, 249 ff. BGB schuldig. Auch die Erhaltungstätigkeit entspringt dem Individualarbeitsvertrag des Arbeitnehmers. Dessen Verletzung führt zu einer Schadensersatzpflicht²⁷⁰⁾. Sie umfaßt nur den durch die verweigernden Arbeiten entstandenen Schaden.

10.2.2. Deliktische Ansprüche

Neben den vertraglichen Ansprüchen des Arbeitgebers gegen die Erhaltungsarbeit verweigernde Arbeitnehmer sind auch Ansprüche aus § 823 Abs.1 BGB denkbar. Je nachdem, ob durch ihre Weigerung nur Schäden an den Produktions- und Betriebseinrichtungen auftreten oder darüber hinaus noch weitere Rechte des Unternehmers beeinträchtigt werden, liegt entweder eine Eigentumsverletzung oder eine Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs.1 BGB vor²⁷¹⁾. Die Schadensersatzpflicht erstreckt sich auch hier nur auf den durch die Weigerung entstandenen Schaden.

270) Steinert aaO S.81 kommt zu demselben Ergebnis, indem er eine Verletzung der Treuepflicht als arbeitsvertraglicher Nebenpflicht bei Versagung der Erhaltungstätigkeit annimmt.

271) vgl. Steinert aaO S.87

gen unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu prüfen sind²⁶⁷⁾. Handelt daher eine Gewerkschaft in der bezeichneten Weise, macht sie sich gegenüber dem Arbeitgeber schadensersatzpflichtig.

Nach der herrschenden Meinung²⁶⁸⁾ ist ein Arbeitskampf, der ohne die Durchführung der notwendigen Erhaltungsarbeiten durchgeführt wird, nicht sozialadäquat und damit rechtswidrig. Dies hätte zur Folge, daß dann die Gewerkschaft in vollem Umfang den durch den Streik entstandenen Schaden zu ersetzen hätte²⁶⁹⁾.

Die herrschende Meinung steht nicht im Einklang mit dem hier vertretenen Standpunkt, daß die Gewerkschaft nicht selbst direkt an den Erhaltungsarbeiten beteiligt ist. Für die Vertreter der herrschenden Meinung ist der Erhaltungsdienst meist von Arbeitgeber und Gewerkschaft gemeinsam zu organisieren. Geht man aber, wie hier dargelegt, davon aus, daß allein der Arbeitgeber Träger der Erhaltungsarbeiten ist, beschränkt sich die Ersatzpflicht der Gewerkschaft nach § 823 Abs.1 BGB auf den durch unterbliebene Erhaltungsarbeiten entstandenen Schaden, nicht auf die Gesamtfolgen des Streiks.

267) vgl. Urteil des LAG Frankfurt vom 20.2.1953, abgedr. in RdA 1953, 195 ff., mit Hinweis auf die zum Zeitungsstreik erstatteten Gutachten von Forsthoff/Hueck und Nipperdey; vgl. auch Steinert aaO S.87

268) vgl. Brox-Rüthers aaO S.146 m.w.N. in Fußnote 177; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/2 § 49 Fußnote 83

269) vgl. LAG Frankfurt ArbUr 1970,351: für den Fall der Aussperrung soll die Gewerkschaft nach Ansicht des Gerichts nicht für den Gesamtschaden, sondern nur für den konkreten, durch die unterbliebene Erhaltungsarbeit entstandenen Schaden aufkommen.

III. Teil

Betriebsrat und Erhaltungsarbeiten

Die Stellung der Betriebsratsmitglieder im Arbeitskampf

1. Frühere Ansicht

Bis zum Inkrafttreten des BetrVG von 1972 unterlag nach der herrschenden Meinung²⁷²⁾ die Rechtsstellung der Betriebsratsmitglieder denselben Grundsätzen wie die der übrigen Arbeitnehmer. Bei einer Beteiligung an einem die Arbeitsverhältnisse suspendierenden Streik oder bei einer Aussperrung mit Suspendivcharakter ruhe das Amt als Betriebsratsmitglied, da es an den Bestand des Arbeitsverhältnisses derart gebunden sei, daß mit dessen Ende auch jenes notwendig beendet sei. Folgerichtig erlosch nach dieser Ansicht das Betriebsratsamt, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine Arbeitskampsmaßnahme aufgelöst wurde. Nach Beendigung des Arbeitskampfes lebe das Amt wieder auf. Das gelte jedoch nur bei suspendierenden Kampfmitteln, nicht bei lösenden, da Arbeitnehmer und Arbeitgeber hier kein Wiederaufleben des Betriebsratsamtes vereinbaren könnten²⁷³⁾.

272) vgl. Dietz, Betriebsverfassungsgesetz, 4.Aufl., § 22 a.F. Anm. 32a und § 24 a.F. Anm.15; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, Betriebsverfassungsgesetz 9.Aufl., § 24 a.F. Anm.18; Galperin-Siebert, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz 4.Aufl., § 22 a.F. Rdnr.16; Bulla, AR-Blattei, Arbeitskampf II G, V 1; a.A. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, § 47 XVI 2a: bei nur suspendierenden Kampfmaßnahmen bleibe das Betriebsratsamt bestehen; bei Lösung aber wie die vorgenannten Autoren

273) a.A. Fitting-Kraegeloh-Auffahrt aaO § 24 Anm.18

11 Zusammenfassung des II. Teils

Die wichtigsten Ergebnisse des zweiten Teils dieser Untersuchung lassen sich nunmehr zusammenfassen:

Der Arbeitgeber ist im Falle eines Arbeitskamps alleiniger Träger des Erhaltungsdienstes.

Nicht am Arbeitskampf beteiligte Arbeitnehmer sowie nichtorganisierte am Arbeitskampf beteiligte Arbeitnehmer können neben organisierten Arbeitskampfbeteiligten zu Erhaltungsarbeiten herangezogen werden.

Ihre Verpflichtung zur Durchführung dieser Arbeiten erfolgt auf Grund ihres Einzelarbeitsvertrags, der entweder (bei Bestimmung der Erhaltungsarbeiter vor Arbeitskampfbeginn) unverändert weiterbesteht oder (bei Bestimmung nach Ausbruch des Arbeitskampfes) insoweit wieder auflebt. Sie ist jedoch entsprechend der Wirkung der Arbeitskampfmittel auf die Arbeitsverhältnisse unterschiedlich zu beurteilen: nur bei suspendierendem Streik und suspendierender Aussperrung können Arbeitnehmer zu Erhaltungsarbeiten herangezogen werden. Diese Verpflichtung entfällt bei lösender Wirkung der Arbeitskampfmittel.

Der Umfang der Erhaltungsarbeiten sowie die Anzahl der hierfür erforderlichen Arbeitnehmer unterliegen objektiven Kriterien. Durch den Erhaltungsdienst darf nur die Fortführung der Produktionstätigkeit nach Kampfende sichergestellt werden.

Im Rahmen der §§ 315 ff. BGB hat der Arbeitgeber das Recht, den Umfang der Erhaltungsarbeiten und die Anzahl der hierfür erforderlichen Arbeitnehmer zu bestimmen. Die personelle Auswahl und Leitung dieser Arbeitnehmer obliegt ihm kraft des arbeitsvertraglichen Direktionsrechts.

beitgeber hinsichtlich derartiger personeller Maßnahmen mit ihren Wirkungen auf das Kampfgeschehen eine Funktionsunfähigkeit des Betriebsrats eintreten müsse.

Diese beiden Entscheidungen wurden vom Bundesverfassungsgericht durch Beschluß vom 19.2.1975²⁷⁷⁾ für verfassungsmäßig erklärt.

BAG und BVerfG heben beide die besondere Stellung der Betriebsratsmitglieder hervor, die auch durch den Arbeitskampf nicht beeinträchtigt werden solle. Reuter²⁷⁸⁾ weist darauf in, daß der Betriebsrat seine Bedeutung als betrieblicher Ordnungsfaktor durch den Arbeitskampf nicht verlieren dürfe. Vielmehr sei dessen Stellung zur Abwehr belegschaftsschädlicher Maßnahmen des Arbeitgebers besonders wichtig. Im Arbeitskampf könne nur die "Gegenmacht" des Betriebsrats unbillige Beeinträchtigungen der Arbeitnehmerschaft durch den Arbeitgeber verhindern.

Das BetrVG von 1972 hat die Stellung des Betriebsrats im Vergleich zur alten Regelung erheblich verstärkt. Der Betriebsrat wurde von einem hauptsächlichlichen Beratungsorgan in einigen entscheidenden Beziehungen zu einem echten Mitentscheidungsorgan aufgewertet²⁷⁹⁾.

§ 2 Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats während des Arbeitskampfes

Auf der Grundlage des BetrVG von 1972 und der obigen

277) abgedr. in DB 1975, 792, Leitsatz: "Die Änderung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verletzt keine Grundrechte der Arbeitgeber".

278) ArbuR 1973, 1

279) vgl. Reuter ebenda

.2. Heutige Ansicht

Diese Anschauung hat sich durch die Rechtsprechung des BAG und das Inkrafttreten des BetrVG vom 18.1. 1972 weitgehend geändert.

Im Beschluß vom 21.4.1971²⁷⁴⁾ stellte der Große Senat des BAG fest, daß Aussperrungen gegenüber dem durch besondere gesetzliche Regelung geschützten Personenkreis, zu dem auch Betriebsratsmitglieder zählten, nur mit suspendierender Wirkung erfolgen könnten. Das gebiete der Gedanke der Verhältnismäßigkeit. "Die Arbeitsverhältnisse dieser Arbeitnehmer dürfen wegen eines Arbeitskampfes nicht enden. Das Fortbestehen des rechtlichen Bandes des Arbeitsverhältnisses liegt bei Betriebsratsmitgliedern ... auch im Interesse des Arbeitgebers. Denn wären die Arbeitsverhältnisse gelöst, bestünde keine Rechtsgrundlage für deren weitere Tätigkeit in dieser für das Unternehmen kritischen Zeitspanne"²⁷⁵⁾.

Im Urteil des 1.Senats des BAG vom 26.10.1971²⁷⁶⁾ wurde die vorgenannte Entscheidung dahingehend konkretisiert, daß der Betriebsrat während eines Streikgeschehens nicht in der Lage sei, bei Arbeitgebermaßnahmen wie Einstellungen, Versetzungen und Entlassungen mitzuwirken. Der 1.Senat vertrat die Ansicht, daß mit Rücksicht auf die durch den Arbeitskampf geschaffene Konfrontation zwischen Belegschaft und Ar-

274) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG - Arbeitskampf

275) a.A. Richardi RdA 1971,345; er geht von der Möglichkeit jedes Arbeitnehmers aus, bei einer suspendierenden Aussperrung seinerseits "abzukehren". Da Betriebsratsmitglieder im Verhältnis zu anderen Arbeitnehmern nicht bevorzugt oder benachteiligt werden dürfen, müsse man auch ihnen das Recht zur Abkehr zugestehen. Es sei daher folgerichtig, daß Betriebsratsmitglieder ebenso wie andere Belegschaftsmitglieder lösend ausgesperrt werden könnten, wenn die Voraussetzungen für eine solche Voraussetzung vorlägen.

276) BAG AP Nr.44 zu Art.9 GG - Arbeitskampf

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats dem Arbeitgeber die Möglichkeit gibt, Maßnahmen durchzuführen, die der Betriebsrat sonst verhindert hätte. Gegen eine Aufrechterhaltung der Rechte des Betriebsrats sprächen jedoch der Gesichtspunkt der Gegnerfreiheit und das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit gemäß § 2 Abs.1 BetrVG.

Hätte die Arbeitnehmerschaft durch ihren Repräsentanten die Möglichkeit, im Arbeitskampf unternehmerische Dispositionen zu beeinflussen, bestünde nicht mehr die Gewähr, daß ein Tarifvertrag von gleichgewichtigen Parteien erkämpft würde.

Wegen des hohen Organisationsgrads der Betriebsräte²⁸⁴⁾ könne man diese "nicht zu Neutrenn stempeln". Durch ihre Gewerkschaftsangehörigkeit sei es ihnen unmöglich, während eines Arbeitskampfes gleichzeitig im Geiste des Betriebsverfassungsrechts die Interessen des Betriebs und der nichtstreikenden Belegschaftsmitglieder mit der gebotenen Objektivität wahrzunehmen²⁸⁵⁾.

Im Gegensatz hierzu steht die wohl überwiegende Ansicht²⁸⁶⁾, daß die amtliche Stellung des Betriebs-

284) ca.87 % aller Betriebsratsmitglieder sind Gewerkschaftsangehörige, vgl. Auffahrt ArbuR 1972, 35

285) a.A. Kreutz BlStSozArbR 1972,49: nach Wortlaut und Sinn des § 74 Abs.3 BetrVG kann von Betriebsratsmitgliedern eine strikte Trennung zwischen gewerkschaftlicher Tätigkeit und betriebsverfassungsrechtlichem Mandat verlangt werden. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht nach, verstoßen sie gegen das Arbeitskampfbefehl.

286) Sie wird vertreten von Dietz-Richardi aaO § 74 Anm.22 f.; Fabricius.Kraft-Rhiele-Wiese aaO § 74 Anm.37; Fitting-Auffahrt-Kaiser aaO § 74 Anm.6; Brox-Rüthers aaO S.241; Kreutz BlStSozArbR 1972, 49; Richardi Anm.zu BAG AP Nr.44 zu Art.9 GG - Arbeitskampf; Reuter ArbuR 1973, 8

Rechtsprechung wird heute in der Literatur allgemein anerkannt, daß das Betriebsratsamt während eines Arbeitskampfes bestehen bleibt²⁸⁰⁾.

Unterschiedliche Ansichten bestehen jedoch darüber, welche Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte während des Arbeitskampfes vom Betriebsrat ausgeübt werden können.

Einige Autoren²⁸¹⁾ teilen die Ansicht, die der 1. Senat des BAG in seiner Entscheidung vom 26.10.1971²⁸²⁾ vertreten hat, daß eine Einschränkung der Betriebsratstätigkeit hinsichtlich der Mitbestimmungsfunktion im personellen Bereich (§§ 99, 100 BetrVG) zu erfolgen habe.

Kraft²⁸³⁾ spricht dem Betriebsrat und seinen Mitgliedern während eines Arbeitskampfes sämtliche Amtsfunktionen ab. Sie sollen während dieser Zeit ruhen. Die Wahrung der Arbeitnehmerinteressen in Arbeitskämpfen sei im Interesse der Kampfparität dem Betriebsrat entzogen und den Gewerkschaften zugefallen, die bei der Vereinbarung über die Kampfbeendigung auch die Möglichkeit hätten, auf die Rückgängigmachung zwischenzeitlicher betrieblicher Maßnahmen hinzuwirken. Kraft leugnet nicht den auch im Arbeitskampf bestehenden Interessenkonflikt zwischen Arbeitgeber und Belegschaft, der bei Ausschaltung der

280) vgl. Dietz-Richardi, Betriebsverfassungsgesetz 3.Aufl., § 74 Anm.19; Erdmann-Jürging-Kammann, Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied und Berlin 1972, § 74 Anm.9; Fabricius-Kraft-Thiele-Wiese, Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar, Neuwied und Berlin, § 74 Anm.37; Fitting-Auffahrt-Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz 11.Aufl., § 74 Rdnr.6; van Gelder BUV 1971, 131

281) vgl. Erdmann-Jürging-Kammann aaO § 74 Anm.9; Hanau-Adomeit aaO S.96

282) BAG AP Nr.44 zu Art.9 GG - Arbeitskampf

283) ZfA 1973, 260 ff.

§ 100 BetrVG, wonach der Arbeitgeber personelle Maßnahmen auch ohne Mitwirkung des Betriebsrats vorläufig durchführen könne. Bei einem Arbeitskampf seien diese Maßnahmen auch "dringend erforderlich", wie dies in § 100 Abs.1 BetrVG gefordert wird.

Die anderen genannten "arbeitskampfrelevanten" Mitwirkungsrechte seien von vornherein unschädlich²⁸⁹⁾.

Bei einer arbeitskampfbedingten Betriebsänderung entfalle die Sozialausgleichspflicht gemäß den §§ 111 ff. BetrVG. Da aus Gründen der Kampfparität die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers nicht bestehe, müsse dasselbe für die Sozialausgleichspflicht gelten. Mit deren Ausfall verliere aber auch das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bei Betriebsänderungen seine Grundlage²⁹⁰⁾.

Die Mitwirkung des Betriebsrats bei der Vergabe von Werkswohnungen (§ 87 Abs.1 Ziff.9 BetrVG) betreffe ohnehin keine Kampfhandlungen des Arbeitgebers, da die Unterbindung des arbeitsmarktpolitischen Einsatzes von Werkswohnungen auch in Friedenszeiten ein vom Gesetzgeber gewünschtes Verhalten darstelle²⁹¹⁾.

Auch das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG störe die Kampfparität nicht. Bei einer außerordentlichen Kündigung sei der Arbeitgeber trotz dieses Rechts nicht gehindert, den Arbeitnehmer sofort von der Arbeit freizustellen²⁹²⁾.

Für die nachstehend zu beantwortende Frage nach der Mitwirkung des Betriebsrats bei den Erhaltungsarbei-

beitnehmern nach einer lösenden Aussperrung mitbestimmungsfrei ist (arbeitskampfrechtskonforme Interpretation) und somit das Zustimmungsverfahren durch den Betriebsrat gar nicht in Gang gesetzt wird.

289) vgl. Reuter ArbuR 1973,9

290) vgl. Reuter ArbuR 1973,7

291) vgl. Reuter ArbuR 1973,8

292) vgl. Reuter ebenda

rats und seiner Mitglieder während des Arbeitskampfes in vollem Umfang aufrechtzuerhalten sei. Eine Ausnahme bestehe lediglich insoweit, als eine Beteiligung des Betriebsrats während des Kampfgeschehens geeignet sei, die Kampffähigkeit des Arbeitgebers zu beeinflussen.

Reuter²⁸⁷⁾ hat diese Ansicht in einem Aufsatz ausführlich begründet. Er geht davon aus, daß sich das Problem der Interessenkollision von Tarifpartnern während des Arbeitskampfes nur bei solchen Mitwirkungsrechten des Betriebsrats stellt, die geeignet sind, auf das Arbeitskampfgeschehen einzuwirken - sogenannte "arbeitskampfrelevante" Mitwirkungsrechte. Hierzu zählt Reuter das Mitbestimmungsrecht bei personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG), das Mitwirkungsrecht bei Betriebsänderungen (§§ 111 ff. BetrVG), das Mitwirkungsrecht in sozialen Angelegenheiten im Hinblick auf die Kündigung und Zuweisung von Werkwohnungen (§ 87 Abs.1 Ziff.9 BetrVG) sowie das Mitbestimmungsrecht bei Kündigungen (§ 102 BetrVG).

Hinsichtlich des Mitbestimmungsrechts bei personellen Einzelmaßnahmen müsse die Vorschrift des § 99 Abs.2 Ziff.3 BetrVG "arbeitskampfrechtskonform" interpretiert worden: "sonstige Nachteile" im Sinne der Vorschrift dürften nur individuelle Nachteile der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer und nicht kollektive Verschlechterungen der Position im Arbeitskampf sein²⁸⁸⁾. Darüber hinaus gebe es noch den Weg des

287) ArbUR 1973, 1 ff.

288) vgl. ArbUR 1973,6; a.A. Kraft ZfA 1973,261; eine arbeitskampfrechtskonforme Interpretation helfe nicht weiter, da die Verfahrensgestaltung des BetrVG den Arbeitgeber an einer raschen Disposition hindere. Dem ist entgegenzuhalten, daß beispielsweise über die Neueinstellung von Ar-

ten. Auch Rüthers wendet sich gegen die Ansicht, das Betriebsratsamt ruhe während des Arbeitskampfes, da damit den Erhaltungsarbeitern jeglicher kollektiv-rechtlicher Repräsentationsschutz fehle.

Brox-Rüthers²⁹⁵⁾ meinen, die personelle Auswahl der Erhaltungsarbeiter werde zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber ausgehandelt und dann von den Tarifparteien gebilligt. Es bestünden auch betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse und Pflichten des Betriebsrats bei der Durchführung der Erhaltungsarbeiten.

Reuter²⁹⁶⁾ sieht im Mitbestimmungsrecht bei Neueinstellungen und Versetzungen gemäß § 99 BetrVG die Möglichkeit für den Betriebsrat, die Errichtung einer funktionsfähigen Notorganisation durch den Arbeitgeber zu verhindern.

Das BVerfG²⁹⁷⁾ ist der Ansicht, daß die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats während des Arbeitskampfes notwendige Regelungen über die Durchführung erforderlicher Erhaltungsarbeiten erleichtere.

Schließlich ist noch an die Erkenntnis Apfels²⁹⁸⁾ zu erinnern, daß der Betriebsrat bei der Einrichtung des Erhaltungsdienstes bei vergangenen Arbeitskämpfen in der Regel eingeschaltet wurde.

3.2. Eigener Standpunkt

Der Betriebsrat kann nur auf Grund der einzelnen im BetrVG normierten Tatbestände seine Tätigkeit entfalten. Auch das in § 2 Abs.1 BetrVG niedergelegte Gebot

295) aaO. S.147 und 241

296) ArbuR 1973, 5

297) Beschluß vom 19.2.1975, abgedruckt in DB 1975, 792

298) aaO S.113, vgl. auch oben S.26

ten wird davon ausgegangen werden, daß während eines Arbeitskampfes sämtliche Rechte des Betriebsrats bestehen bleiben, da für diese Ansicht die besseren Gründe sprechen. Obgleich der Gesetzgeber des BetrVG bei der Regelung der Befugnisse des Betriebsrats nicht an den Arbeitskampf gedacht hat²⁹³⁾, bedeutet das nicht, daß das Betriebsratsamt während dieser Zeit ruhen müsse. Gerade in einer Periode der stärksten Konfrontation zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen muß der Betriebsrat als Vertretungsorgan der Arbeitnehmerschaft funktionsfähig bleiben. Es kommen ohnehin nur wenige Rechte in Betracht, die während eines Arbeitskampfes aktualisiert werden.

§ 3 Die Mitwirkung des Betriebsrats bei
 Erhaltungsarbeiten

3.1. Äußerungen in Literatur und Rechtsprechung

Im BetrVG findet sich keine Regelung über die Mitwirkung des Betriebsrats bei den Erhaltungsarbeiten. Weder in den gängigen Kommentaren zum BetrVG 52 noch in denen zum BetrVG 72 ist dieses Problem erwähnt. Vereinzelt wurde es jedoch in der Literatur angesprochen.

In einer Buchbesprechung hob Rüthers²⁹⁴⁾ hervor, daß sich aus dem Betriebsverfassungsgesetz Gesichtspunkte gewinnen ließen, die einen Mitwirkungsanspruch des Betriebsrats bei Erhaltungsarbeiten begründen könn-

293) vgl. Reuter JuS 1973, 289

294) ZfA 1973, 126 (Besprechung der Schrift von Apfel: Die Sicherung und Erhaltung des Betriebs bei Arbeitskämpfen)

unter den Erhaltungsarbeitern befinden, ist noch die § 80 BetrVG entsprechende Regelung in § 70 Abs.1 Ziff.2 BetrVG zu beachten. Die Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten gemäß §§ 87 und 89 BetrVG können zum Teil Anwendung finden. Vor allem ist auch eine Kündigung einzelner Erhaltungsarbeiter durch den Arbeitgeber denkbar. Für diesen Fall muß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG und, sofern es sich um ein Betriebsratsmitglied handelt, gemäß § 103 BetrVG eingreifen.

Gerade bei diesen letztgenannten Mitbestimmungsrechten wird deutlich, daß eine Aufrechterhaltung der Rechte des Betriebsrats während eines Arbeitskampfes sinnvoll und zweckmäßig ist. Nach der gegenteiligen Anschauung wären Erhaltungsarbeiter sowie auch Nichtstreikende während eines Arbeitskampfes grundlos schlechter gestellt als Arbeitnehmer in Friedenszeiten. Der Schutz vor Maßnahmen des Arbeitgebers, die nichts mit seinem Kampfmittel der Aussperrung zu tun haben, muß auch während des Arbeitskampfes in gleichem Maße wie außerhalb des Kampfes aufrechterhalten werden. Sonst könnte der Arbeitgeber ohne Aussperrungserklärung und ohne Anhörung des Betriebsrats Arbeitnehmern wirksam kündigen.

3.2.2. Der Betriebsrat als Mitentscheidungsorgan bei der Organisation des Erhaltungsdienstes

Die Mitwirkungsbefugnis des Betriebsrats bei der Einrichtung des Erhaltungsdienstes könnte sich aus zwei Vorschriften des BetrVG herleiten lassen: aus § 99 Abs.1 und aus § 87 Abs.1 Ziff.1.

Nach § 99 Abs.1 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei personellen Einzelmaßnahmen des Arbeitgebers. Hierzu zählen Einstellung, Eingruppie-

der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat stellt keine Grundlage für konkrete, im Gesetz sonst nicht ausdrücklich verankerte Rechte des Betriebsrats dar²⁹⁹⁾. Will man dem Betriebsrat eine Mitwirkung bei der Durchführung der Erhaltungsarbeiten zugestehen, so muß diese unter die gesetzlichen Tatbestände des BetrVG subsumiert werden können.

Anläßlich der Erhaltungsarbeiten kann der Betriebsrat in zweifacher Hinsicht tätig werden: zum einen als Vertreter der Interessen der bereits eingeteilten und tätigen Erhaltungsarbeiter, zum anderen als Mitentscheidungsorgan bei der Organisation des Erhaltungsdienstes. Diese beiden Aspekte sind gesondert zu untersuchen.

3.2.1. Der Betriebsrat als Interessenvertretung der Erhaltungsarbeiter

Erhaltungsarbeiter verrichten ihre Tätigkeit nach denselben Grundsätzen wie in Friedenszeiten und erhalten dafür auch den üblichen Lohn. Geht man davon aus, daß sämtliche Mitwirkungsrechte des Betriebsrats während des Arbeitskampfes fortbestehen, so muß man auch anerkennen, daß der Betriebsrat die Interessen der Erhaltungsarbeiter in dieser Zeit ebenso wie die Interessen der gesamten Belegschaft außerhalb des Arbeitskampfes zu wahren hat.

So hat der Betriebsrat darüber zu wachen, daß die zugunsten der Arbeitnehmer bestehenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden (§ 80 Abs.1 Ziff.1 BetrVG). Sollten sich Jugendliche

299) vgl. Erdmann-Jüring-Kammann aaO § 2 Anm.2

Nach § 87 Abs.1 Ziff.1 BetrVG hat der Betriebsrat in Fragen der Ordnung des Betriebs mitzubestimmen.³⁰²⁾ Rüthers³⁰¹⁾ möchte unter Hinweis auf Mager-Wisskirchen hieraus einen Mitwirkungsanspruch des Betriebsrats beim Erhaltungsdienst begründen. Mager-Wisskirchen³⁰³⁾ sind der Ansicht, daß ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch bei nur vorübergehenden Ordnungen im Betrieb gegeben sei, beispielsweise bei Maßnahmen, bei denen aus betrieblichen Gründen Gruppen von Arbeitnehmern zusammengefaßt werden zur Ausführung eines bestimmten Auftrages. Auch soll bei einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers in Notfällen eine Pflicht bestehen, darüber unverzüglich eine Einigung mit dem Betriebsrat herbeizuführen.

Ein Mitwirkungsanspruch des Betriebsrats bei der Organisation des Erhaltungsdienstes läßt sich jedoch weder aus dem Wortlaut noch aus der Auslegung des § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG herleiten.

Nach allgemeiner Ansicht³⁰⁴⁾ fallen unter diese Vorschrift nur solche Maßnahmen, die das betriebliche Geschehen betreffen, soweit es sich auf das Verhalten der Arbeitnehmer bezieht, um die äußere Ordnung des Betriebs aufrechtzuerhalten oder zu gestalten. Hierzu zählen beispielsweise Anwesenheitskontrollen, Unfallverhütungsvorschriften, Rauchverbot u.s.w. Hierzu gehören jedoch nicht alle die Fragen, die mit dem eigentlichen Arbeitsvorgang zu tun haben oder die den Ablauf der Arbeit gestalten. Dietz-Richardi³⁰⁵⁾ führen

301) ZfA 1973, 121

302) Betriebsverfassungsgesetz, herausgegeben von der Arbeitgeberförderungs-GmbH

303) aaO Anm. Ziff.2 e und 2 i zu § 56 BetrVG a.F.

304) vgl. Dietz-Richardi aaO § 87 Anm.105; Erdmann-Jürging-Kammann aaO § 87 Anm.32; Fitting-Auffahrt-Kaiser aaO § 87 Anm.17

305) aaO § 87 Anm.108

rung, Umgruppierung und Versetzung. Von Bedeutung ist hier vor allem die Einstellung neuer Arbeitnehmer zur Durchführung von Erhaltungsarbeiten. Meist werden diese Arbeiten ohnehin von Belegschaftsangehörigen verrichtet werden. Es ist jedoch auch denkbar, daß der Arbeitgeber hierzu neue Arbeitnehmer einstellt. Für diesen Fall greift das Mitbestimmungsrecht gemäß § 99 BetrVG ein. Bei arbeitskampfkongformer Auslegung der Vorschrift kann der Betriebsrat der Maßnahme widersprechen, wenn dabei andere im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer individuelle Nachteile erleiden würden. Es besteht auch nicht die Befürchtung, daß durch Ausübung dieses Rechts die Errichtung eines funktionsfähigen Erhaltungsdienstes erschwert wird, da der Arbeitgeber nach § 100 Abs.1 BetrVG die Maßnahme auch vorläufig durchführen kann, wenn sie dringend erforderlich ist.

Die Möglichkeit, daß wegen des Erhaltungsdienstes Umgruppierungen oder Versetzungen durchgeführt werden, ist gering, da die Erfahrung gezeigt hat³⁰⁰⁾, daß artfremde Arbeiten von den Erhaltungsarbeitern in der Regel nicht verlangt werden. Vielmehr sind sie meist in demselben Arbeitsbereich tätig wie in Friedenszeiten.

Über § 99 BetrVG läßt sich ein gewisses Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Auswahl von Erhaltungsarbeitern herleiten. Dieses ist jedoch begrenzt, da es nur dann aktuell wird, wenn neue Arbeitnehmer zu diesem Zwecke eingestellt werden. Die Vorschrift ist daher ungeeignet, generell als Grundlage für die Mitentscheidungsbefugnis des Betriebsrats bei der Errichtung des Erhaltungsdienstes zu dienen.

300) vgl. oben S.26

Erhaltungsarbeiter. Hier besteht das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs.1 Ziff.1 BetrVG in unvermindertem Umfang fort.

Gegen die Ansicht, die Errichtung des Erhaltungsdienstes sei eine Frage der Ordnung des Betriebs, spricht auch die Tatsache, daß dann der Betriebsrat die Organisation der Erhaltungsarbeiten durch Ausübung seines Mitbestimmungsrechts verhindern und dadurch dem Betrieb Schaden zufügen könnte. Es gibt hier nicht die Möglichkeit einer vorläufigen Durchführung von Maßnahmen ohne Zustimmung des Betriebsrats, wie sie etwa in § 100 BetrVG für personelle Maßnahmen vorgesehen ist.

Das gefundene Ergebnis, daß der Betriebsrat keine Mitbestimmungsfunktion bei Errichtung des Erhaltungsdienstes hat, spricht jedoch nicht gegen jede Beteiligung bei dieser Aufgabe.

Im Rahmen seiner allgemeinen Aufgaben hat der Betriebsrat Maßnahmen, die dem Betrieb und der Belegschaft dienen, beim Arbeitgeber zu beantragen (§ 80 Abs.1 Ziff.2 BetrVG). Dieser wiederum hat den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend zu unterrichten (§ 80 Abs.2 BetrVG). Erhaltungsarbeiten dienen sowohl dem Betrieb als auch der Belegschaft. Es besteht die Möglichkeit, daß der Betriebsrat zu ihrer Durchführung hilfreiche Anregungen geben kann. Er ist daher in jedem Falle durch den Arbeitgeber ausreichend über den geplanten Erhaltungsdienst zu informieren. Zwar kann hier der Betriebsrat die Befolgung seiner Anträge nicht erzwingen, jedoch ist der Arbeitgeber nach §§ 2 Abs.1, 74 Abs.1 BetrVG verpflichtet, sich ernsthaft mit ihnen zu beschäftigen³⁰⁸⁾.

308) vgl. Fitting-Auffahrt-Kaiser aaO § 80 Anm.9

hierzu aus: "Der Betriebsrat wird aber nicht an allen Angelegenheiten beteiligt, die dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unterliegen. Ein Mitbestimmungsrecht ist nicht gegeben, soweit die Anordnung über das Verhalten der Arbeitnehmer in unmittelbarem Zusammenhang mit der Arbeitsleistung steht. Doch gilt dies nur insoweit, als der Arbeitgeber in Ausübung seines Weisungsrechts die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers konkretisiert"³⁰⁶⁾.

Gerade das geschieht aber bei der Einrichtung des Erhaltungsdienstes. Der Arbeitgeber als Träger der Erhaltungsarbeiten bestimmt nach billigem Ermessen Art und Umfang der zu verrichtenden Tätigkeit und wählt die hierfür erforderlichen Arbeitnehmer aus. Er trifft damit Bestimmungen darüber, ob sie während des Arbeitskampfes eine Arbeitsleistung zu erbringen haben und in welchem Umfang das zu geschehen hat. Diese Befugnis hat der Arbeitgeber kraft seines arbeitsvertraglichen Direktionsrechts. Die Ordnung des Betriebs im Sinne des § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG wird hierbei nicht betroffen. Somit entfällt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Auswahl der Erhaltungsarbeiter³⁰⁷⁾ und bei der Bestimmung ihrer Tätigkeit.

Fragen der Ordnung des Betriebs können aber nach Errichtung des Erhaltungsdienstes durchaus auftreten, und zwar hinsichtlich des Verhaltens der eingeteilten

306) noch weitergehend BAG AP Nr.3 zu § 56 BetrVG a.F. - Ordnung des Betriebs: das Mitbestimmungsrecht entfalle bereits, wenn es sich um eine "arbeitsnotwendige Maßnahme" handele.

307) Das Mitbestimmungsrecht bei der Auswahl besteht aber dann, wenn neue Arbeitnehmer zum Erhaltungsdienst angestellt werden, vgl. oben S. 103 f.

L e b e n s l a u f

Am 26. August 1948 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Isak Schiffer und seiner Frau Julia, geb. Letzter, in München geboren.

Dort besuchte ich auch Volksschule und Gymnasium.

1967 legte ich die Reifeprüfung ab. Im selben Jahr begann ich mein Studium der Rechte an der Universität Paris. Von 1968 bis 1972 setzte ich dieses Studium an der Ludwig-Maximilians-Universität München bis zur ersten juristischen Staatsprüfung fort, die ich mit der Gesamtnote befriedigend bestand.

Nach meinem Referendardienst, den ich in München ableistete, beendete ich 1975 meine juristische Ausbildung mit der zweiten Staatsprüfung, die ebenfalls mit der Gesamtnote befriedigend bewertet wurde.



Dissertationsdruck
GmbH & Co. KG.

Schadel & Wehle

86 Bamberg • Hohe-Kreuz-Str. 9b • Tel. 0951/21617[5 4414]